J. pract.
17
m

o IX 27 J.

J. pract.

17m

Bandel

Des

Appellations Gerichts Directors

Bandel

Gutachten

über

eine schickliche Vereinigung der Baierischen und Preußischen

Prozeß Ordnungen.

Als Zugabe:

Gedanken über das Wesentliche der Preußischen Hypotheken und Depositalgesetze.

Nürnberg,

bey Friedrich Campe.

1809.

V

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Diese Blätter wurden als NebenArbeit, unter dem Drucke anderer, zum Theil sehr fremdartiger, Geschäfte niedergeschrieben. Zur Feile fehlte es an Zeit, die Arbeit würde ich nicht gescheuet haben. Ich hatte Beweggründe, den Abdruck zu veranstalten, und zwar genau nach dem ersten Entwurfe.

ProzeßOrdnungen und Richter sind Scanderbegs Säbel und Scanderbegs Arm. Letzerer wird selbst mit einer schlechteren Waffe richtig und kräftig treffen; aber selbst ersterer wird flach fallen, oder falsch treffen, wenn der Arm, der ihn führt, — entnervt ist.

Nichts hindert den kräftigen Baierischen Richter, verwickelte Thatsachen commissarisch

zu entwickeln, und dabey den InstruktionsWeg wesentlich zu wandeln. Niemand kann den unkräftigen Preußischen Richter verhindern, dunkel, flach, unvollständig zu instruiren. Also: vor Allem Richter in erforderlicher Anzahl, welche mit Gesetz und MenschenKenntniß, hellen Blick, Kälte, Besonnenheit, Leidenschaftslosigkeit, verbinden, und sich ganz ihrem ehrwürdigen Berufe widmen können.

Ansbach,

den 24. Januar, 1809.

Ich

Ich bin aufgefordert meine Gedanken darüber zu sagen, wie mit Beybehaltung des Besten aus den Baierischen und Preußischen ProzeßOrdnungen eine neue GerichtsOrdnung für das Königreich Baiern ausgearbeitet werden könne? Ich glaube nicht zu irren, wenn ich diese Aufforderung für jetzt nur dahin erkläre, daß die Grundsätze aufgestellt werden sollen, nach welchen eine neue GerichtsOrdnung auszuarbeiten ist. Denn eine schon ausgearbeitete GerichtsOrdnung würde zwecklos seyn, sobald die gesetzgebende Macht die Grundsätze verwirft, und im entgegengesetzten Falle würde das Detail den richtigen Ueberblick des Ganzen hemmen, wenigstens trüben. Ich habe nach der ältern Preußischen ProzeßOrdnung — die, einige Nebensachen abgerechnet, von denselben Grundsätzen ausgieng, als die Baierische, — eilf Jahre in zweyen LandesJustizCollegien, nach der neuen Preußischen ProzeßOrdnung sechs und zwanzig Jahre gleichfalls in zweyen LandesJustizCollegien, gearbeitet, und von sehr vielen andern Ober-

und Untergerichten Acten zu dem Zwecke gelesen, um zu prüfen, wie sehr die Anwendung der ProzedurVorschriften von einem Gerichte gegen das andere divergirt. Was ich also sagen werde, ist das Resultat meines durch Erfahrungen berichtigten Nachdenkens über einen Gegenstand, der mir nahe genug lag.

Es scheint mir zweckmäßig, diese Arbeit mit einer Vergleichung beider ProzeßOrdnungen in Rücksicht ihrer wesentlichen Unterschiede im Ganzen zu beginnen. Ich habe deren nur zwei entdecken können;

1) in der Preußischen ProzeßOrdnung muß der Richter für die richtige Darstellung des Faktums sorgen, in der Baierischen wird solche den Partheyen und ihren Mandatarien überlassen;

2) nach der Preußischen GerichtsOrdnung muß der Richter auch unangerufen für den Fortgang des Prozesses bis zur rechtskräftigen Entscheidung sorgen, nicht so nach der Baierischen.

Was den ersten Unterschied betrifft, so hat man von solchem die Veranlassung genommen,

den Preußischen Prozeß eine CivilInquisition zu nennen. Ich glaube mit Unrecht. Der Inquirent muß Thatsachen aufsuchen, der Instruent nicht, Er ist nur befugt, bestimmte Antworten auf schon behauptete Thatsachen zu fordern. Das Gesetz verbietet ausdrücklich Eindringen in Fakta, die entweder nicht zur Sache gehören, oder welche die Partheyen zu sagen Bedenken tragen. Die Behutsamkeit, welche die allgemeine GerichtsOrdnung dem Instruenten insoferne vorschreibt, gehet am vollständigsten aus dem III. Titel des 3. Buchs, §. 25. u. f. f. hervor. Man hat ferner behauptet, diese VerfahrungsArt sey ein Eingriff in die Freyheit der Partheyen, vermöge welcher es ihnen frey stehen müsse, sich selbst zu entschließen, welche Fakta sie dem Richter sagen wollen, und welche nicht. Aber diese Behauptung ist gleichfalls unrichtig. Auch nach der Preußischen ProzeßOrdnung steht es einer jeden Parthey frey, Thatsachen nicht anzuführen, insoferne sie sich nur den Folgen dieser Verschweigung unterwerfen will, welche nach Verschiedenheit der Fälle die Zurückweisung des Klägers mit seiner Klage, die Abweisung desselben durch

Urthel, und in Ansehung des Beklagten der Verlust eines faktischen Einwandes, seyn können. Daß dagegen auf behauptete Fakta bestimmt geantwortet werden müsse, und, daß abgeläugnete zu erweisen sind, wenn darauf geachtet werden soll, darüber stimmen alle ProzeßOrdnungen in der Welt überein. Soviel von dem ersten Unterschiede! Denn, welche VerfahrungsArt zweckmäßiger sey, und unter welchen Modifikationen, dieß gehört noch nicht hieher. Bey dem zweyten Unterschiede scheint alles auf die Frage anzukommen: Kann von Staatswegen die lange Dauer der Prozesse begünstigt werden, oder ist nicht vielmehr solche möglichst abzukürzen? Da sich diese Frage von selbst beantwortet, so erscheinet die OfficialBetreibung der Prozesse als ein Mittel zu einem sehr verehrlichen Zwecke. Aber auch dieß soll Eingriff in die Freyheit der StaatsBürger seyn, und wäre es, wenn die Partheien gezwungen würden, irgend einen Prozeß fortzusetzen. Allein dieß ist nicht der Fall, denn es stehet einem jeden Kläger frey, dem Prozesse zu entsagen, ohne seine Ansprüche aufzugeben, und eben dieß können beyde Theile gemeinschaftlich

thun, sobald nur der Richter die Ueberzeugung erhält, daß sie ihren Streit nicht richterlich entschieden wissen wollen. Aber im entgegengesetzten Falle ist ein jeder StaatsBürger verpflichtet, den an ihn erlassenen Verfügungen des Richters Folge zu leisten: unterläßt er dieß, so hat er eine Bürgerpflicht verletzt, und dieß muß der Staat ohne Anrufen eines Dritten verhältnißmäßig rügen. Zu dem ist die dringendste Vermuthung vorhanden, daß derjenige, der einen Prozeß angefangen hat, sich nach dem Ausgange desselben sehnt, und also hat der Richter dessen stillschweigende Einwilligung in alle Verfügungen, die dieß bezwecken können, so lange die Parthey nicht durch FristBewilligungen, oder durch Entsagung, ihre gegenseitige Absicht bestimmt äußert.

Es scheint mir hier der Ort zu seyn, noch einige Worte über den so sehr verschiedenen körperlichen Inhalt beyder ProzeßOrdnungen zu sagen. Die Baierische hat nach meiner Ausgabe nur 274 Seiten, die Preußische vom Jahre 1780 hatte 1000 Seiten, die jetzige Preußische allgemeine GerichtsOrdnung hat 1500. Woher mag wohl dieser Unterschied kommen, da doch in kei-

ner derselben irgend eine Lehre völlig übergangen ist? Ich glaube diese Frage folgendergestalt beantworten zu können. Wenn irgend ein Staat das Bedürfniß fühlt, den Rechtshändeln eine richtige Form zu geben, so wird diese Arbeit Männern anvertraut, welchen die ganze Lehre von ProzeßFormen dergestalt gegenwärtig und geläufig ist, daß sie sehr vieles, als Heischesätze annehmen, und als ausgemacht voraussetzen, was hiernächst den Richtern, die nach den Vorschriften arbeiten sollen, theils nicht eben so ausgemacht scheinet, theils nicht bekannt ist. Daher haben die ersten ProzeßOrdnungen eines Staats immer ein compendienmäßiges Ansehen; dieß ist der Fall mit der Baierischen, und war es mit der PreußischCoccejianischenProzeßOrdnung. Jetzt entdecken sich

1) schon bey der Gesetzgebung Lücken, die durch besondere Verordnungen ausgefüllt werden:

2) die Rechtsgelehrten fangen an, das Compendium zu commentiren, und erhalten mehr oder weniger Autorität:

3) den Richtern steigen Zweifel auf, deren Auflösung sie bey der Gesetzgebenden Behörde suchen, und wenn gleich letztere solche gröstentheils nur subjektiv findet, so müssen sie dennoch gehoben werden, weil Niemand dafür stehen kann, daß nicht ein gleicher Zweifel auch einem andern Subjekte zu Kopfe steigen werde. Dieß ist eine neue Quelle von Erläuterungen.

4) Bey einem wachsenden Staate werden in einem Zeitraume von 40 bis 50 Jahren die Geschäfte der StaatsBürger so merklich complicirter, daß die bisherigen Formen nicht mehr ausreichen wollen.

Alles dieß zusammengenommen, macht die Revision der materiellen und formellen Gesetze am Ende nothwendig, denn die Erklärungen, Erläuterungen, Ergänzungen und Abänderungen der ursprünglichen Gesetze, werden so häufig, sind so verworfen, daß es unmöglich wird, sie mit dem Gedächtniß zu fassen, noch unmöglicher sie zu ordnen. Jetzt also fragt sich nur: Soll bey der neuen Ausarbeitung wieder die CompendienMe-

thode gebraucht, oder mit Bestimmung der Fälle so weit gegangen werden, als es möglich ist? Ich finde kein Bedenken, mich für das letztere zu erklären, aus dem einfachen Grunde, weil dadurch diejenigen Unbequemlichkeiten vermieden, wenigstens seltener gemacht werden, die ich oben bey 1 bis 3 angegeben habe, ob ich gleich gestehe, daß es schwer ist, hier die richtige SchönheitsLinie zu treffen.

Ich gehe jetzt zur Sache selbst über, und werde dabey weder dem Gange der einen noch der andern ProzeßOrdnung, sondern meinem eigenen IdeenGange, folgen. Alle ProzeßOrdnungen können nur folgende Zwecke haben:

1) diejenigen Thatsachen auszumitteln, und zu constatiren, welche auf die Entscheidung irgend eines Rechtsstreits sich beziehen:

2) solche Vorkehrungen zu treffen, daß die Prozesse nach den ausgemittelten Thatsachen richtig entschieden werden. Da ferner die Richter auch Menschen sind

3) Instanzen festzusetzen, welche die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der vorherigen Urtheile prüfen: endlich

4) rechtskräftige Sentenzen nicht ohne Wirkung zu lassen.

Prozesse sind immer ein Uebel im Staate, es bildet sich daher ein Nebenzweck dahin:

5) die Vervielfältigung der Prozesse, so wie deren lange Dauer, zu verhindern. Das erstere liegt, die Vergleiche ausgenommen, mehr in dem Gebiete der materiellen Gesetzgebung, indem solche theils die Folgen der Handlungen genau bestimmt, theils den Geschäften solche Formen vorschreibt, die Streit weniger möglich machen: das letztere hat in den ProzeßOrdnungen die Lehre von den summarischen Prozessen hervorgebracht.

I.

Ausmittelung des Thatbestandes, so wie die Partheyen solchen wechselseitig behaupten, und zwar bey dem ordentlichen obergerichtlichen Prozesse.

Zur Ausmittelung der Thatsachen, welche auf die Entscheidung eines Prozesses einfließen, führen zwey Wege. Der erstere, daß man die Partheyen ungestört selbst, oder durch ihre Sachwalter, über ihre Sache reden, oder schreiben läßt, bis sie sich — erschöpft haben. Der andere, daß das Gericht durch einen Abgeordneten die Partheyen hört, bedeutet, ihre Vorträge sichtet, und so das Faktum als ein beschauliches Ganzes darstellt. Unstreitig würde diese Methode die beste seyn, wenn die Instruenten das Ideal erreichen könnten, welches die Preußische allgemeine GerichtsOrdnung im IIIten Theil 3. Tit. §. 22 — 40 vorgezeichnet hat. Aber daran fehlt viel, theils, weil mit Billigkeit nur von sehr wenigen Räthen soviel verlangt werden kann, theils, weil auch den vorzüglichen die erforderliche Geistessammlung geraubt wird, sobald alle Pro-

zesse auf diese Art behandelt werden. Auch scheint der Gesetzgeber dieß gefühlt zu haben, denn für sein Ideal wäre die Einleitung zur allgemeinen GerichtsOrdnung ziemlich hinlänglich gewesen, für die Schwachen hat die Gerichts-Ordnung selbst ihren Zweck mehr oder weniger verfehlt.

Denn da es leichter ist, nach einer in Zolle und Linien eingetheilten Vorzeichnung zu arbeiten, als die Umrisse und Schattirungen selbst zu finden, so entstehen auch häufig Instruktionen, denen man mit der GerichtsOrdnung in der Hand nichts anhaben kann, bey welchen vielmehr deren Vorschriften bis zum Eckel erfüllt sind, die aber dennoch keine Haltung haben, und an den Horaz erinnern:

Aemilium circa ludum faber imus et ungues
exprimet, et molles imitabitur aere capillos;
infelix operis summa, quia *ponere totum*
nesciet. —

HOR. ad Pis. v. 32—35.

Ein NebenMangel dieser Verfahrungsart, wenn sie die Regel ist, liegt in folgendem. Man hat geglaubt, es müsse auch bey Obergerichten die Prozesse sehr fördern, wenn der Richter mit

den Partheyen unmittelbar bey der Instruktion zu thun habe. Die Erfahrung zeigte das Gegentheil; denn abgesehen von dem psychologischen Schaden, welchen die persönliche Kenntniß der Partheyen haben kann, wurden eben diese Partheyen in dem Laufe des Prozesses oft 5 bis 6mal an den Sitz des Obergerichts gesprengt, und waren doch nicht selten, ohne das Medium eines AssistenzRaths, Assistentens, JustizCommissärs, unverständlich. Man hatte bey der JustizReform im Jahre 1780 gefragt, ob die Advokaten eine gute oder böse Menschengattung wären? man hatte nach dem Abschaume aus ihnen geurtheilt, sie müßten abgeschaft werden: man hätte fragen sollen: ob sie entbehrlich wären? oder nicht? Daher die sichtliche Verlegenheit der Gesetzgebung, welche im Jahre 1780 in dem Corpore juris Friedericiano Assistenz-Räthe schuf, bald darauf unaufhörlich daran schnitzelte, bis sie im Jahr 1793 gänzlich wieder verschwanden. Die allgemeine GerichtsOrdnung verordnete hiernächst Assistenten, und ließ den JustizCommissären die ProzeßPraxis nach, da doch beyde insoferne nichts mehr und nichts we-

niger sind, als — Advocaten; aber Advocaten, die kein richtiges Interesse an der Sache haben, welche sie führen. Denn ihre Einwirkung bey der Instruktion ist äußerst dürftig und die Verfahrungsart gewöhnlich folgende: Die JustizCommissarien legen dem Deputirten ihre Manual-Acten vor. Dieser baut daraus — gut oder schlecht — das Protocoll auf; der JustizCommissär ließt's durch, und — unterschreibt, wenn nicht offenbare Unrichtigkeiten darin vorkommen. Ob das Ganze gut gestellt sey, ob Licht, Dämmerung, oder Finsterniß in dem Protocoll herrscht, darüber wird er sich mit dem Deputirten nicht abwerfen, auch würde dieß in der Regel unnütz seyn. Denn nähert sich der Instruent dem Ideale, so ist das Protocoll ohnehin gut, aber der Instruent wird gewiß in eben dem Grade unbedeutsamer, in welchem er sich von dem Ideale entfernt. Auf den besten Fall, wenn der Prozeß strenge nach der allgemeinen GerichtsOrdnung geführt worden, ist in der ganzen Instruktion nichts eigene Arbeit des JustizCommissärs. Woher soll nun die Anhänglichkeit kommen, und ist es nicht abspannende Arbeit, wenn der Man-

datar bey einer Rechtsausführung, bey einem AppellationsBerichte, u. s. w. sich zuvor die InstruktionsProtocolle in seinen IdeenGang übersetzen muß?

Soviel von dem zweyten Wege der Ausmittlung des Faktums. Ich komme auf den ersten zurück. Wenn eine Sache bis zum Schlusse in Schriften verhandelt wird, so werden schon — unwillkührlich, oder auf Verlangen der Partheyen, — ganz unerhebliche Thatsachen in die ExceptionsSchrift aufgenommen. Der Replikant wird selten das Herz oder die Energie haben, dieß Geschwätze unbeantwortet zu lassen, und eben darum muß das eigentliche Faktum immer dunkler werden, je mehr Schriften gewechselt worden. Nun muß der Urthelsfasser im Schweiße seines Angesichts alle diese Siebensachen lesen, wird dadurch zurückgeschreckt, und — die Arbeit fällt ihm aus den Händen. Vor dem Schlusse der Sache weiß eigentlich in dem Collegium Niemand, was in den Schriften stehet, und ich habe es, bey Umformung der schwebenden Prozesse in den Preußischen InstruktionsGang, erlebt, daß in sehr corpulenten Akten, noch kein Wort

über dasjenige Faktum stand, welches die Entscheidung motiviren mußte, oder, daß man wenigstens über solches noch nicht klar sehen konnte. Ich weiß wohl, daß diese Unkunde des vortragenden Raths und des Gerichts von dem materiellen Inhalte der Schriften gesetzwidrig ist, aber ich weiß auch, daß die vis inertiae in eben dem Grade das Gesetz vom Auge entfernen wird, in welchem die Schrift weitläufig und überladen ist. Also — communicetur ad replicandum, duplicandum u. s. w.

Auf diese Thatsachen baue ich meinen Vorschlag zu einer Verbindung beyder Verfahrungsarten, der dahin geht

1) der obergerichtliche Prozeß muß durch Mandatarien verhandelt werden. Ob in einzelnen Fällen und zu einzelnen Terminen die Gegenwart der Partheyen nothwendig oder räthlich sey? ist zwar bey dem fernern Verlaufe der Sache zu beurtheilen, aber nur Ausnahme:

2) die Klage muß schriftlich eingereicht werden:

3) der vortragende Rath muß diese Klage genau prüfen: — wie dieß geschehen müsse, darüber

ist die Preußische allgemeine GerichtsOrdnung sehr ausführlich, sie stimmt aber wesentlich mit der Baierischen im 7. §. des IV. Kap. Findet er, daß die Bitte rechtlich auf das Faktum gar nicht paßt, so ist die Klage zu verwerfen. Wäre aber nur in Nebensachen gesündigt, oder zuviel gebeten, so muß er dem Kläger bestimmt die Mängel angeben, und ihn benachrichtigen, daß bis zu deren Hebung nichts werde verfügt werden.

4) Ist die Klage berichtigt, so muß sie dem Beklagten mitgetheilt werden, und dieser muß schriftlich excipiren:

5) daß der Dezernent bey dem Vortrage dieser EinlassungsSchrift mit der größten Besonnenheit zu Werke gehen müsse, um zu prüfen

a) ob die Erklärung des Beklagten über das von dem Kläger angegebene Faktum bestimmt erfolgt sey?

b) ob der Beklagte faktische Einwendungen gemacht habe, und ob solche bestimmt vorgetragen worden? versteht sich von selbst;

6) Fänden sich nun dabey Zweydeutigkeiten, Dunkelheiten, Auslassungen, so muß die Exceptions-

tionsSchrift auf eben die Art vervollständigt werden, welche oben bey der Klage angegeben worden;

7) Ist sie dagegen erschöpfend, und haben die Mandatarien bey Einrichtung dieser Schriften ihre ManualAkten mit vorgelegt, auch diese die Prüfung ausgehalten; so kann mit Sicherheit angenommen werden, daß die Mandatarien ihre Sache kennen, also sich dafür interessiren. So war auch die VerfahrungsArt im Jahre 1780 durch die erste Carmerische ProzeßOrdnung angegeben; sie wurde verlassen, aber doch den Partheyen freygestellt, Klage und Einlassung schriftlich einzureichen.

Von nun an ändert sich das Verfahren nach Verschiedenheit der Fälle.

A) Hat der Beklagte das Faktum völlig eingestanden, und auch nicht bezweifelt, daß dasjenige daraus rechtlich folge, was der Kläger folgert; so ist eigentlich gar kein Prozeß mehr vorhanden, weil die gerichtliche Prozedur Uneinigkeit beyder Partheyen voraussetzt: und die Baierische ProzeßOrdnung sagt darüber im 11.§. des VI.Kap. ganz kurz, es solle alsdann ohne weiteren Schrift-

wechsel exekutisch gegen den Beklagten verfahren werden. Soviel ist gewiß, daß keine Sentenz denkbar ist, weil diese nur streitige Gegenstände entscheidet; aber es scheint doch immer einer richterlichen Festsetzung zu bedürfen, was nun eigentlich von dem Beklagten gezahlt oder geleistet werden soll, und in welcher Frist. Diese richterliche Festsetzung nennt die Preußische Gerichts-Ordnung eine AgnitionsResolution, und diese ist zweckmäßig, weil sie, auf Anrufen des Klägers, der Execution zur bestimmten Norm dient. Daß übrigens eine so sehr präjudicirliche Erklärung des Beklagten völlig bestimmt, und rechtlich gewiß seyn müsse, verstehet sich von selbst.

B) Ist von dem Beklagten das der Klage zum Grunde liegende Faktum eingestanden, hat er keine faktische Einwendungen dagegen gemacht, sondern blos behauptet: es folge aus diesen Thatsachen rechtlich nicht, was der Kläger daraus herleiten will; so ist die Instruktion erschöpft, und die Sache zur Sentenz reif. Die RechtsAusführungen sind sehr entbehrlich, — weil der Richter das Recht wissen muß, — und also sind sie wenigstens kein wesentlicher Bestandtheil

des Prozesses, am allerwenigsten in diesem Falle, weil der Kläger bey seiner Klage schon das Gesetz auf das Faktum angewendet hat, und der Beklagte, bey eingeräumtem Faktum, in den Exceptionen eigentlich auch schon deducirt. Aber die Erfahrung bey der Preußischen ProzeßOrdnung hat gezeigt, wie ungerne die Partheyen diese Unnützlichkeit entbehren, — daher die unaufhörliche Veränderung in der Preußischen Gesetzgebung über diesen Gegenstand. Ich würde darum auch in diesem, so wie in allen übrigen Fällen, den Partheyen die Einreichung solcher RechtsAusführungen gestatten, aber zugleich, und in einer ganz streng präclusivischen Frist. Nach Ablauf derselben würden die Akten zum Spruche vorgelegt, es möchten beyde, oder nur eine, oder keine, Schrift eingekommen seyn, auch würde eine zu spät eingekommene RechtsAusführung gar nicht angenommen.

C) Hat der Beklagte entweder das angegebene Faktum des Klägers geläugnet, oder faktische Einwendungen dagegen vorgebracht, oder beydes zugleich, so scheint mir alsdann derienige Zeitpunkt einzutreten, in welchem die Preußische

Instruktionsform mit großer Wirkung angewendet werden kann. Der Instruent kann nunmehr aus obigen Schriften sich vollständig von der faktischen Lage des Streits vorher unterrichten, und, den seltenen Fall faktischer Repliken ausgenommen, können eigentlich keine neue Thatsachen bey der Instruktion vorkommen. Sie beschränkt sich also darauf:

1) die Mandatarien möglichst über das Faktum — ohne Beweißführung — zu vereinigen,
2) sie über die Irrelevanz behaupteter Thatsachen zu vereinigen,
3) das Faktum so darzustellen, daß aus dieser Darstellung mit einem Blicke übersehen werden kann, was an den Thatsachen einstimmig behauptet worden, und was noch erwiesen werden muß, — Status causae et controversiae.

Da der Instruent nicht mit ununterrichteten Partheyen, sondern mit Rechtsverständigen Sachwaltern, zu thun hat; so wird es selten abgesonderter Operationen zu diesen Zwecken bedürfen, sondern eine kalte besonnene Unterredung den Instruenten in den mehrsten Fällen in den Stand

setzen, — mit Umgehung des InstruktionsProtocolls — sofort den Statum causae et controversiae zu entwerfen.

Wenn es mir erlaubt ist, mich zum Beyspiel anzuführen; so kann ich versichern, daß ich immer nach dieser Art gearbeitet habe, und daß es mir — einige im Faktum sehr verwickelte Sachen ausgenommen — immer geglückt ist, die Aufnahme des eigentlichen InstruktionsProtocolls zu vermeiden. In diesen seltenen Fällen aber würde ich festsetzen, daß der Instruent den Statum causae et controversiae nicht sofort zum Protocoll diktiren müsse, sondern ihn schriftlich auszuarbeiten hätte. Die Ausarbeitung wäre den Mandatarien zu communiciren, und ihnen frey zu lassen, entweder in einem Termine ihre Bemerkungen darüber selbst zum Protocoll zu diktiren, oder vorher schriftlich einzureichen.

Die Vorschriften der Preußischen allgemeinen GerichtsOrdnung I. Theil 10. Tit. §. 28. u. f. f. über die Aufnahme des Status causae et controversiae, gefallen mir nicht; sie verleiten den Instruenten, der sie nicht mit III. Th. 3 Tit. §. 22. u. f. f. zusammenhält, zu einer unrichtigen

VerfahrungsArt. Er sondert gewöhnlich die Thatsachen nach den dreyen Nummern des §. 28. so sehr ab, daß man nichts zusammenhängendes zu lesen bekömmt, und eben dadurch wird der ganze Zweck des Status causae et controversiae vereitelt.

Ich habe nur noch einige Worte darüber zu sagen, wenn es bey 2) dem Instruenten nicht glücken will, die Mandatarien über die Irrelevanz behaupteten Thatsachen zu vereinigen. Er muß in diesem Falle gar nicht schwierig seyn, diese Thatsachen aufzunehmen, theils, weil die Entscheidung doch immer von dem nachherigen Beschlusse des Collegiums abhängt, theils, weil eine offenbare Irrelevanz durch die Kosten der BeweißAufnahme, unabhängig von dem übrigen Schicksale der Sache selbst gestraft werden kann.

II.

Von der Beglaubigung streitig gebliebener Thatsachen, oder, vom Beweise.

Bey diesem Gegenstande stellen sich folgende Fragen dar:

1) Wer muß beweisen?

2) Wie muß festgesetzt werden, was eigentlich erwiesen werden soll?

3) Wann müssen die Beweißmittel angegeben werden?

4) In welcher Form?

5) Wie ist mit der Aufnahme zu verfahren?

Bey 1) hat die Preußische Allgemeine GerichtsOrdnung festgesetzt, daß es darüber keine Sorge bedürfe, sondern nur iede Parthey dieienigen Beweißmittel beyfügen müsse, die ihr zu Gebote stehen. Dieß ist schön, aber es setzt bey den Partheyen gleich guten Willen, und gleiche Wahrheitsliebe, voraus, — die nicht immer zu finden seyn dürfte: also muß dennoch für diesen Fall ein Grundsatz festgesetzt werden, den aber glücklicher Weise schon die gesunde Vernunft vorschreibt.

a) Wer eine Thatsache behauptet, muß solche erweisen.

b) Wer blos läugnet, beweiset nicht, theils, weil er nicht kann, theils, weil von der entgegengesetzten Seite eine Thatsache behauptet ist.

c) Wer das gerade Gegentheil behauptet, insoferne dieß faktisch ist, kann es zwar beweisen, wenn er will, aber er kann es auch unterlassen, denn, unter diesen Umständen, kann von dem Gegner die durch ihn behauptete Thatsache unmöglich erwiesen werden.

Hier bleibt also nur eine Abweichung der Preußischen Allgemeinen GerichtsOrdnung zu prüfen, welche den Instruenten gestattet, Beweißmittel aufzunehmen, die von keiner der Partheyen vorgeschlagen sind. Wenn der Instruent über die ganze Lage des Geschäfts vollkommen orientirt ist; so kann er allerdings, wiewohl selten, auf Wege zu Erforschung der Wahrheit kommen, die präoccupirte Partheyen übersehen, und ich habe seltene Erfahrungen von dieser Behauptung gemacht. Allein es ist nothwendig, vor Einschrei-

tung solcher BeweißAufnahmen, die Partheyen über die Gründe dazu vollständig zu belehren, und ihre Einwilligung, oder die Gründe ihres Dissensus, zu hören, weil sonst leicht in die Rechte der Partheyen eingegriffen werden könnte.

Ich gehe zu den übrigen Fragen über, welche ich nur deßhalb zusammen nehme, weil sie mit einander innigst verbunden sind.

1) Die Baierische GerichtsOrdnung gestattet, schon während des ersten Schriftwechsels die Beweißmittel beyzufügen; sie beschränkt aber die Partheyen darauf nicht, sondern kennt Interlocutorien auf bessern Beweiß: die Preußische GerichtsOrdnung befiehlt, daß alle Beweißmittel schon bey der Klage, Einlassung, Instruction, angegeben werden müssen, und kennt keine Interlocutorien auf Beweiß, insoferne nämlich solche die Kraft einer Sentenz haben, und davon appellirt werden kann.

2) Bie Baierische ProzeßOrdnung fordert sodann Artikel, Antworten auf solche, Fragestücke, u. s. w. und läßt abermals einen Spruch über Impertinenz der Artikel nach. Die Preuß. ProzeßOrdnung kennt alles dieses nicht, sondern

fordert nur von demienigen, der eine Thatsache behauptet, eine deutliche zusammenhängende Erzählung derselben. Sie benachrichtigt den Zeugen, — denn der ZeugenBeweiß ist der schwierigste — im Ganzen von den Gegenstande, fordert ihn sodann zu einer deutlichen, zusammenhängenden Erklärung über dasienige auf, was ihm von der Sache wissend ist, und führt ihn auf die Punkte, die etwa undeutlich vorgetragen, oder nicht erschöpft sind. Die Abhörung geschieht in Beyseyn der Mandatarien, und wie diese Irrthum, oder Unvollständigkeit, verhindern können, zeigt solche im I. Th. 10 Tit. §. 198.

3) Die Baierische ProzeßOrdnung fordert das Directorium, cum denominatione testium, dann erst, wenn schon über die Relevanz der Artikel gesprochen ist. Ich gestehe, daß ich auser der Baierischen ProzeßOrdnung die neuen Abänderungen noch nicht kenne; aber ich kann kaum glauben, daß dieser Punkt keine Abänderung sollte erlitten haben, denn die Frage über Tüchtigkeit oder Untüchtigkeit eines Zeugen ist weit wichtiger, als die Relevanz irgend eines Artikels, also kann darüber noch ein neuer Instanzenzug

beginnen. Nach der Preußischen ProzeßOrdnung müssen die Zeugen gleich anfänglich benannt werden, und also kann auch schon bey der ersten HauptVerhandlung das Erforderliche wegen deren Tüchtigkeit angeführt und festgesetzt werden.

4) Erst dann, wenn der eigentliche Beweißführer seine Artikel übergeben hat, und zugleich mit den Responsionibus, reicht den Gegentheil, nach der Baierischen ProzeßOrdnung, seine GegenBeweißArtikel ein, und diese werden abermals zur Beantwortung mitgetheilt. Beyläufig bemerke ich hiebey, daß diese Gesetzstelle, der 12 §. im 9 Cap., nicht richtig zwischen GegenBeweiß und Beweiß der Exception, Replik u. s. w. unterscheidet, um deshalb, weil nach der Preußischen ProzeßOrdnung die Beweißmittel einer als Einwand angegebenen Thatsache sofort bey der HauptVerhandlung angegeben werden müssen; in Ansehung des Gegenbeweises aber der oben bey 1. C), angegebene Grundsatz befolgt wird. Will aber ein dergleichen GegenBeweiß geführt werden; so müssen auch die dahin zweckenden Beweißmittel schon bey der HauptVerhandlung angegeben werden. Es fragt sich nun: welche Ver-

fahrungsArt ist kürzer und sicherer? Was die Kürze betrifft, so kann wohl nicht anders, als für die Preußische GerichtsOrdnung, entschieden werden. Denn, wenn gleich bey einer complicirten Beweißführung, und bey der Pflicht des Instruenten, die Partheyen nicht zu übereilen, die Preußische Instruktion in erster Instanz zögert; so erschöpft sie doch auch alles, was zur ersten Instanz gehört, und eine völlige Definitiv-Entscheidung zur Folge haben kann: dagegen kann bey der Baierischen ProzeßOrdnung die Sache durch die Instanzen gehen

1) um die Beweißsätze festzusetzen;

2) um über die Impertinenz der Artikel zu erkennen;

3) um die Einwendungen gegen die Person der Zeugen zu heben: und in der Hauptsache ist noch nichts entschieden, weil die Baierische ProzeßOrdnung die Definitivas eventuales und conditionales, XIV. Tit. §. 7. n. 3. ausdrücklich verbietet. Hiebey ist noch der ZeitVerlust nicht in Rechnung gebracht, den die Einreichung der Artikel, der Responsionen, im Falle des Gegenbe-

weises der GegenResponsionen, der DisputirSätze, — denn diese sind in dem Preußischen Prozesse mit der Deduction vereinigt — zur Folge hat. Es fragt sich also nur: ist durch den Preußischen ProzeßGang für die Sicherheit der Partheyen hinlänglich gesorget? Ich muß hiebey einen ErfahrungsSatz vorausschicken. Gegen die Menge der Instruktionen gehalten, sind die Fälle selten, wo die Differenz der Mandatarien und des Instruenten über obige IncidentPunkte nicht ohne richterliche Entscheidung gehoben werden können. Sie müssen also noch seltener werden, wenn dasjenige Beyfall findet, was ich in dem ersten Abschnitte vorgeschlagen habe. In diesen seltenen Fällen nun setzt das Collegium durch einen Beschluß fest, was, und wie es, durch Beweiß auszumitteln ist. Preuß. Allg. Ger. Ordn. I. 10. §. 57. und dabey hat es für diese Instanz zwar sein Bewenden, aber unter den eben daselbst angegebenen Modalitaten. Die Controlle des Referenten bey der Aburtheilung sichert die Partheyen gegen die unterbliebene Ausmittelung einer Thatsache um so mehr, als in allen Instanzen solche fortgesetzt wird, und in diesem Falle

die Ausmittelung der Thatsache noch vor dem Endurtheile nachgeholt werden muß.

Ueberdem stehet einer ieden Parthey, so wie gegen eine iede andere richterliche Verfügung, also auch gegen obigen Beschluß, der Recurs an das JustizDepartement des StaatsRaths in Wege einer blosen Beschwerde frey. Ich glaube daher: die Preußische InstruktionsArt der Beweise sey beyzubehalten; denn es ist Unnatur, eine Thatsache, die nur im Zusammenhange gedacht werden kann, durch Artikel zerstückeln zu wollen, die mit Ja oder Nein beantwortet werden sollen. Wie oft, oder wie selten, wird dieses möglich seyn? Und wie oft, oder wie selten, wird also der Zweck erreicht werden? Nur erlaube ich mir eine Bemerkung in Ansehung der Recurse, deren ich oben gedacht habe. Das Justiz-Departement des StaatsRaths in Berlin, oder ein iedes Surrogat desselben, kann nicht wohl Richter seyn, wenn dieß nicht — mehr oder weniger — zu Machtsprüchen führen soll. Wie also, wenn dieser Rekurs zwar zugelassen, aber an denjenigen GerichtsHof dirigirt, würde, der definitive im Appellatorium zu erkennen hat?

Daß dabey keine Ausführung statt haben müsse, versteht sich von selbst: es würden sodann auf die blose Anzeige, daß auf den Recurs provocirt werde, die Akten abgeschickt, und der Beurtheilung noch eines Collegiums unterworfen. Dieß würde überdem noch den NebenVortheil gewähren, daß die Entscheidung des AppellationsGerichts wenigstens zu ZweifelsGründen den ersten Richter führen müsse, die er widerlegen, oder als EntscheidungsGründe aufzunehmen hätte, und der ZeitVerlust würde dadurch aufgehoben, daß in den Fällen, wo die zweite Entscheidung von der ersten abwiche, dennoch statt der Sentenz eine Resolution auf neue BeweißAufnahme zu befürchten gewesen wäre.

Hier glaube ich meine Bemerkungen bey dem II. Abschnitte schliesen zu können, weil eine umständliche Verfolgung einzelner Vorschriften bei den ProzeßOrdnungen ietzt noch zur Unzeit seyn dürfte.

III.

Von dem Beschlusse der Sache im Falle geführten Beweises.

Die Art, wie nach vollführtem Beweise der Prozeß zur Sentenz beschlossen werden muß, ändert sich nach Verschiedenheit der Beweißmittel.

Wenn 1) der Beweiß blos durch Documente geführt worden, so sind beyde ProzeßOrdnungen darin einstimmig, daß, in der Regel, diese Documente sofort derienigen Schrift oder Verhandlung beygefügt werden müssen, in welcher sich auf solche bezogen wird. Geschieht nun dieß; so werden sie entweder der Klage und Einlassung beygefügt, oder spätestens bey der Instruktion angezogen und producirt. Wenn nun die Recognition erfolgt ist, wenn alles angeführt worden, was für und wider die Glaubwürdigkeit derselben gesagt werden kann, wenn in dem statu causae et controversiae die Sätze ausgehoben sind, welche dadurch erwiesen werden sollen; so ist die Sache geschlossen, und es bedarf nur noch der Deduktionen, unter den oben von mir angegebenen Modalitäten.

Kömmt es auf EditionsGesuche an; so müssen auch diese da angebracht werden, wo die Thatsache behauptet wird, welche die zu edirende Documente erweisen sollen. In Ansehung der Schuldigkeit zu ediren, weichen iene ProzeßOrdnungen von einander ab, indem die Preußischen diese Edition nicht blos beyden Partheyen, sondern auch einem ieden Staatsbürger zur Pflicht macht, die Baierischen aber nur dem Kläger, und nur unter gewissen Umständen dem Beklagten und einem Dritten. Allein, diese Abweichungen dürften leicht zu heben seyn, theils, weil die Baierische ProzeßOrdnung selbst XI. §. 6. n. 2. dergleichen verbotene Editionen zuläßt, wenn der Richter sie für billig erachtet, oder, wenn das Document gemeinschaftlich ist, theils, weil die bey dem Verbote zum Grunde liegenden Principien mir nicht richtig zu seyn scheinen. Denn, wenn 1) der Beklagte nicht, aber der Kläger, ediren soll, so fließt dieß aus dem Grundsatze, daß die Lage des Beklagten besser seyn soll, als dieienige des Klägers: aber dieser Grundsatz streitet geradezu gegen den Begriff des Richteramts, auf welches nur das Recht wirken kann, nicht

der Umstand, ob Jemand zuerst oder zuletzt gesprochen habe. Wenn ferner 2) von einem Dritten die Edition nur dann soll gefordert werden können, wenn das Document gemeinschaftlich ist; so kommt alles auf den Begriff des — gemeinschaftlich — an. Mir scheint nun ein iedes Document, aus welchem ein dritter Rechte herleiten kann, insoferne er dazu das Document gebraucht, gemeinschaftlich. Daß aber genau geprüft werden müsse, ob dieß der Fall sey, und daß ferner Vorsicht angewendet werden müsse, um nicht den Inhalt solcher Documente, die ganz, oder zum Theil, dem eigentlichen Prozesse fremd sind, zum Schaden eines Dritten bekannt werden zu lassen. Darüber sowohl, als über die Maaßregeln, die deshalb zu treffen sind, weichen beyde ProzeßOrdnungen wenig von einander ab. Sind nun diese beyden Erfordernisse gehörig berichtigt, so ist die Verweigerung des Documents Starrsinn zum Schaden eines Dritten, der nicht begünstigt, sondern reprimirt, werden muß, ohne daß es deshalb weitläufiger processualischer Verhandlungen bedarf. Wahr ist es, daß durch diese Editionen gewöhnlich die Instructionen ver-

zögert werden; aber dieß ist eine unvermeidliche Folge der Verwicklung, und erträglich, sobald keine Interlokute deßhalb erfordert werden.

Ist nun der EditionsPunkt berichtigt, so ist der Beschluß der Sache ebenderselbe, der oben bey dem Documenten Beweise schon angegeben worden ist. Wenn

2) der Beweiß blos durch Eideszuschiebung geführt worden, genügt es, die Partheyen blos über die Acceptation, oder Relation, der Eide zu vernehmen, wenn die EidesNorm durch den Statum causae et controversiae, festgesetzt worden. Sind die Mandatarien mit der vom Deputirten bestimmten EidesFormel nicht einig; so muß einem ieden derselben frey stehen, seine abweichende Meinung selbst zum Protocolle zu diktiren, und auch eine zu seiner Meinung passende Eidesformel sogleich in Vorschlag zu bringen. Sodann ist die Sache bis auf die Deduktionen geschlossen. Der Richter bestimmt durch das Endurtheil die EidesNorm, und setzt die Definitive auf beyde Fälle fest, wenn geschworen, und wenn nicht geschworen wird. Die Preußische ProzeßOrdnung befiehlt zwar un-

ter gewissen Umständen die Abnahme der Eide schon während der Instruktion, also vor dem Erkenntnisse; allein abgesehen davon, daß dieser Befehl eine sehr complicirte Lehre zur Folge gehabt hat, (Allgemeine GerichtsOrdnung I. 10. §. 305—308.) bleibt der Fall nicht blos denkbar, sondern er hat auch existirt, daß auf diese Weise Eide geschworen wurden, die entweder nicht zur Sache gehörten, oder schief formulirt waren.

Die Tendenz des Gesetzes ist: Zeit- und KostenErsparung. Beyde sind gut, aber nur da, wo das Wesen der Sache darunter nicht leidet. Ich würde daher festsetzen, daß alle deferirten Eide erst nach rechtskräftig entschiedener Sache abgeleistet werden sollen, und dadurch die verschiedenen Unterschiede in den §§. 306—308 entbehrlich machen. Wenn

3) der Beweiß durch Documente und Eid geführt ist, ist die Sache geschlossen, sobald die Erfordernisse bey 1) und 2) wesentlich erschöpft sind. Wird der Beweiß

4) durch Zeugen geführt, und ist mit deren Abhörung nach dem II. Abschnitte verfahren; so scheint nichts mehr übrig zu bleiben, als

den Mandatarien Abschriften der Protocolle zu ertheilen, welche sodann alles, was sie darüber zu sagen haben, in den Deduktionen zusammenfassen können. Die Lehre

5) von dem Beweise durch Augenschein ist wesentlich in beyden ProzeßOrdnungen nicht verschieden; nur wird durch den Preußischen InstruktionsWeg vor Einnahme desselben bestimmter festgesetzt werden können, wohin eigentlich gesehen werden soll, und dieß wird die Operation merklich erleichtern. Ich läugne dabey nicht, daß Fälle vorkommen können, in welcher der Instruent die Partheyen, oder die Mandatarien nicht eher begreift, als bis er für seine Person sich anschauliche Kenntnisse en gros erworben hat, und daß er dann allererst den status causae et controversiae genügend entwerfen kann: aber dieß ist keine eigentliche BeweißAufnahme, so wie der Fall — bey mäßig richtigen Handzeichnungen — sehr selten seyn muß. Sobald die Mandatarien Abschriften der AugenscheinsProtocolle erhalten haben, ist auch hier die Sache bis zur Deduktion geschlossen. Aus allem diesen folgt nun: daß ich alle Termine zum Beschlusse

der Sachen, und die InrotulationsTermine, für entbehrlich halte, also abschaffen würde. Denn was die erstern betrift; so ermüdet den Referenten nichts mehr, als die ewige Wiederholung, die ein gewöhnlicher Instruent in die zahllosen Protocolle gewöhnlich bringt, und in Ansehung der letztern ist es unter der Würde eines Gerichts, wenn nur geglaubt werden kann, die Akten könnten unvollständig vorgelegt werden, besonders da der formelle GeschäftsGang in der Canzley und Registratur dieß entweder unmöglich macht, oder wenigstens der Abmangel sogleich entdeckt werden muß, welcher, auf diesen äusserst seltenen Fall, den Partheyen sogleich bekannt gemacht werden würde.

IV.

Von der Aburthelung in erster Instanz.

Der Vortrag, welcher dem versammelten Collegium zu dem Zwecke gemacht wird, um einen Prozeß definitiv zu entscheiden, kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Ersterer ist, seiner

Natur nach, unzuverläßiger, wenn gleich alle die VorsichtsMaasregeln beobachtet werden, welche die Preußische Allgemeine GerichtsOrdnung, III. 3. §. 53. vorschreibt, und ich würde daher es ohne Ausnahme bey der Regel I. 13. §. 6. belassen, und sobald von förmlichen Instruktionen, besonders von BeweißAufnahmen, die Rede ist, schriftliche Relationen erfordern.

Ueber die Art zu referiren läßt sich eigentlich nicht viel sagen, weil keine Relation der andern gleichen kann, und weil ein ieder Referent seine eigene Art der Darstellung hat. Der Zweck ist derselbe, nämlich:

a) dem Collegium das wahre actenmäßige Faktum vorzulegen, und ihm

b) die Meinung des Referenten darüber zu eröffnen, was, nach seiner Ansicht, aus diesen Thatsachen rechtlich folgt. Wer das erstere am faßlichsten thut, und, da doch eine iede Wahrheit nur einen zureichenden Grund haben kann, diesen gesetzlichen Grund, ohne unnütze Nebengründe — wären sie auch noch so gelehrt — hinlegt, der hat die beste Relation gemacht.

Die Darstellung der Thatsachen aber kann auf eine doppelte Art behandelt werden, indem der Referent entweder sie so an einander reihet, wie sie blättlich in den Akten liegen, oder, indem er sie seinen Zuhörern so vorträgt, wie sie ihnen den kürzesten und anschaulichsten Begriff des ganzen Faktums im Zusammenhange gewähren können. Daß die letztere Art der Darstellung vorzuziehen sey, entscheidet sich schon aus der Gegeneinanderhaltung einer Chronik und einer Geschichte, besonders da bey dem AktenExtrakte, nach dem reichsgerichtlichen Fuße, Anachronismen unvermeidlich sind; — sie haben daher auch eine narkotische Kraft, und machen am Ende eine Rekapitulation des Faktums nach der letzten Art dennoch nicht entbehrlich. Sie sind daher sowohl bey der Ausarbeitung, als bey dem Vortrage, zeittödtend, folglich verwerflich. Aber wer bürgt dafür, daß das Faktum von dem Referenten vollkommen richtig vorgetragen werde? Ich antworte: bey dem Vortrage sind, auser dem Referenten, gegenwärtig

1) der Decernent, welcher Klage, Beantwortung, Protocolle, Eingaben u. s. w. derge-

stalt materiell geprüft hat, wie oben angegeben worden,

2) der Instruent, welcher das Faktum ausgemittelt hat,

3) der Präsident, welcher bey der Vertheilung zum Endurtheile schon Kenntniß von der Sache nimmt, und überdem, während des Vortrags, den Referenten, welcher die AktenBlätter allegiren muß, nach den Akten controllirt. Also ist eine Schiefheit bey Darstellung des Thatbestandes nicht leicht zu besorgen; es wird aber weiter unten noch ein Mittel vorkommen, welche sie gänzlich ausschließt. Wenn hingegen in ferneren Instanzen das Spruchcollegium nicht zugleich das instruirende Gericht ist; so muß ein Correferent bestellt werden, der, ohne die Relation des Referenten zu sehen, nicht blos über die Sache seine Meinung sagt, sondern auch das ganze Faktum vorträgt: alsdann controllirt einer den andern, und der Präsident beyde. Das sicherste Mittel aber, eine unrichtige Darstellung des Faktums zu verhindern, ist, daß durch die EntscheidungsGründe die Partheyen erfahren, wie

sich der Richter solches gedacht, wie er es ins Auge gefaßt, hat?

Hierin weicht die Baierische ProzeßOrdnung von der Preußischen ab; aber ich finde kein Bedenken der letzteren den Vorzug zu geben, weil den Partheyen alles daran liegen muß, zu erfahren, ob der Richter das wahre Faktum vor Augen gehabt hat, und welche Gesetze, auch wie er solche auf den Thatbestand angewendet hat. Es läßt sich nur ein Einwand dagegen machen. Diese Methode soll die Streitsucht befördern. Aber innerhalb der gesetzlichen Instanzen ist eben diese Streitsucht — nur erlaubte Vertheidigung eines wahren oder eingebildeten Rechts, welche in den fernern Instanzen nur durch die EntscheidungsGründe richtig geleitet werden kann. Denn eine Sentenz, welche auf richtig vorgetragene Thatsachen das Gesetz richtig anwendet, ist gewiß recht. Eine iede Berufung von solcher muß also zeigen, daß entweder das Faktum unrichtig vorgetragen, oder das Gesetz unrichtig angewendet worden, wie ist dieß aber ohne EntscheidungsGründe möglich? Also in erster Instanz und im Appellatorio Gründe für die Par-

theyen, welche Faktum und Gesetz darstellen: nicht so in Revisorio, oder in der letzten Instanz. Hier ist die Gränze, wo, zum allgemeinen Staatswohl, förmliches Recht in wirkliches verwandelt wird, wo sich aber auch in der Regel beydes vereinigt.

Justus Möser von dem wichtigen Unterschiede des wirklichen und förmlichen Rechts. Berlinische Monatsschrift von 1783. Junius S. 506.

Hier muß daher aller Streit aufhören, also auch hier durch EntscheidungsGründe keine Veranlassung dazu gegeben werden. Es bleiben mir nur einige Worte darüber zu sagen übrig: ob die Relationen besonders verfaßt, und daraus hiernächst die Sentenz mit Gründen abgesetzt werden muß? oder ob der Referent die Relation gleich in der SentenzForm fassen kann? Ich würde für das letztere stimmen, weil dadurch unnütze Schreiberey in allen den Fällen erspart wird, in welchen die Sache nach der Meinung des Referenten entschieden wird. Zwar hat die neuere Preußische Gesetzgebung dieß reprobirt, aber nur aus dem Grunde, weil in einer Rela-

tion auch das Verfahren der Richter der vorigen Instanzen geprüft, und auf diese Prüfung sie belehrt werden müssen, dieß aber nicht zur Kenntniß der Partheyen kommen muß. Der Grundsatz ist richtig, und durch beyde ProzeßOrdnungen anerkannt; aber es hindert den Referenten nichts, alle diese Bemerkungen in einer besondern Beylage anzuführen, und die dahin zweckenden Vorschläge zu thun.

V.

Von den gewöhnlichen Rechtsmitteln,

und zwar:

A. Von der Appellation.

Wenn das StaatsInteresse die möglichst schleunige Beendigung der Prozesse erfordert; so ist ein Mittel zu diesem Zwecke, die möglichste Ueberzeugung, daß ein Rechtsspruch die Rechtskraft erlangt habe. Darum hat der gemeine Prozeß die Anmeldung der Appellation auf die streng präclusivische Frist von zehn Tagen a die rite publicatae sententiae beschränkt. Die

Preußische ProzeßOrdnung fürchtete, daß auf diese Weise viele Appellationen interponirt werden würden, deren Fortsetzung die Partheyen hiernächst nicht rathsam fänden; sie setzte also die zehentägige Frist von dem Tage an fest, an welchem der Mandatarius, nach dem gewöhnlichen Laufe der Posten, Instruktion erhalten kann. Aber die Erfahrung hat gezeigt, theils, daß das Mittel nicht zum Zwecke führt, theils, daß daraus oft ungebührliche Zögerungen erfolgen. Diese ganze Verfeinerung scheint wegfallen zu können, wenn der Mandatar sich gleich anfänglich über die Fortsetzung der Rechtsmittel im Falle einer widrigen Sentenz instruiren läßt, und wenn er sich darüber bey Anmeldung der Appellation ausweiset. Die Baierische Prozeß-Ordnung läßt die Rechtskraft der Sentenz sechszig Tage lang ungewiß. Ich trage kein Bedenken, die strenge zehentägige InterpositionsFrist für einzig zweckmäßig zu halten, und zwar in der Art, daß diese Interposition in allen Fällen bey dem judice a quo geschehen muß, diesem auch die erste Verfügung darauf überlassen bleibt. Dadurch wird erlangt,

1) daß der erkennende Richter unverzüglich und ohne allen Umtrieb weiß, ob seine Sentenz rechtskräftig ist, oder nicht;

2) daß er gesetzlich nicht gestattete Appellationen geradezu verwerfen, und dadurch die Rechtskraft der Sentenz herstellen, kann. Das fernere Verfahren kann nicht gleichförmig seyn, und muß sich darnach abändern, ob von einem coordinirten Collegium an ein anderes, oder ob von dem UrtheilsSpruche eines subordinirten Collegiums appellirt wird. Im ersten Falle, den ich allgemein in Ansehung aller LandesCollegien insoferne festsetzen würde, als nur von Aburtheilung die Rede ist, scheint am zweckmäßigsten zu seyn, die Instruktion der fernern Instanzen demienigen LandesJustizCollegium zu überlassen, an welches die Sache zuerst, sey es in erster Instanz, oder durch Appellation von einem Untergerichte, gekommen ist, und nur die Absendung der geschlossenen Akten zum Spruche gesetzlich festzusetzen. Im letztern macht die Preußische GerichtsOrdnung verschiedene Distinctionen, unter Untergerichten erster und zweyter Classe, unter dem Falle wenn eine neue Instruktion vorkömmt, oder

nicht, endlich ob Mandatarien in erster Instanz verhandelt haben, oder nicht? Abgesehen von der grosen Complicität, die dadurch in diese Lehre gebracht ist, dürfte sie um deshalb zweckwidrig seyn, weil auch von einem Untergerichte erster Classe nie der Grad von Vollendung, der bey einem Obergerichte vorausgesetzt werden muß, gefordert werden kann, und, weil diese Gerichte nie ein so vollständiges Personal haben, als zu allen Manipulationen der Preußischen Gerichts-Ordnung erfordert wird. Ich würde also als gesetzlich festsetzen: sobald gegen ein untergerichtliches Erkenntniß die Appellation interponirt ist, und der Unterrichter die erste Verfügung erlassen hat, muß er, selbst wenn er die Appellation abgeschlagen hätte, die Akten dem Oberrichter einsenden; findet dieser das abschlägige Decret richtig, so remittirt er blos die Akten zur Vollstreckung, in allen übrigen Fällen leitet er das Verfahren ein.

Hier ist der Ort, die Frage zu beleuchten, inwieferne findet im Appellatorium die Befugniß Statt, neue Thatsachen, oder neue Beweißmittel, über Fakta, die schon in erster Instanz vorge-

kommen sind, anzugeben? Die Baierische GerichtsOrdnung XV. §. 5. n. 8. beschränkt diese Befugniß gar sehr; die Preußische GerichtsOrdnung scheint auf der andern Seite zu weit zu gehen, indem sie beynahe voraussetzt, der Appellant müsse nova in facto, oder neue Beweißmittel vorzubringen, haben. Dieß letztere ist nun eine Voraussetzung, die sich nicht wohl vertheidigen läßt, da keine Veränderung und keine Thatsache präsumirt werden kann; dagegen scheint die Baierische ProzeßOrdnung nicht hinlänglich darauf Rücksicht genommen zu haben, daß die Partheyen in erster Instanz gewöhnlich präoccupirt sind, an ihrer Sache gar nicht verzweifeln, oft es nicht der Mühe werth halten, darüber etwas zu sagen, und, daß sie, in der Regel, erst durch die Sentenz etwas unsanft erweckt werden, so, wie sie eben durch diese erst richtige Begriffe darüber bekommen, auf welche Fakta es eigentlich ankömmt. Es sollen also zwar neue Thatsachen angeführt, neue Beweißmittel angegeben werden können, aber, da der Richter, daß dieß geschehen werde, nicht voraussetzen darf; so muß der Appellant blos aufgefor-

dert werden, seine schon in der Interposition angegebenen Beschwerden auszuführen, dazu scheint mir eine vierwöchige präclusivische Frist hinlänglich, die aus wahrscheinlichen Gründen, auf Ansuchen, um die Hälfte, besonders bey Sachen, die von Untergerichten eingekommen sind, verlängert werden könnte.

Jetzt sind drey Fälle zu unterscheiden:

a) diese Schrift kömmt gar nicht ein;

b) sie enthält bloß eine Deduktion aus den Acten erster Instanz;

c) sie enthält nova in facto et probatione.

Bey a) verordnet die Baierische GerichtsOrdnung auf diesen Fall die Strafe der Desertion; die Preußische GerichtsOrdnung nimmt an, daß blos ad acta priora submittirt werde, wenn nicht die Appellation ausdrücklich zurückgenommen wird. Der letztern würde ich den Vorzug geben, weil die Desertion eine zu harte Strafe wegen einer blosen Nachlässigkeit ist, und der Einwand, daß auf diese Weise die Partheyen eine AppellationsSentenz erhalten und bezahlen müssen, die sie nicht verlangt haben, theils, durch

förmliche Entsagung gehoben werden kann, theils, immer nur Ausnahme bleiben dürfte. Da nun in diesem Falle der Appellant nichts neues gesagt hat, so ist es auch unnöthig, den Appellaten annoch reden zu lassen, also ist der Prozeß zur Aburthelung in zweyter Instanz reif. Wenn

bey b) die Schrift blos aus den Akten erster Instanz deducirt, so sind wieder zwey VerfahrungsArten möglich: entweder, diese Schrift wird sofort nach ihrem materiellen Inhalte vollständig beurtheilt, und die AppellationsProzesse verworfen, oder dann erst eingeleitet, oder es wird auf ieden Fall der Gegentheil vorher gehört. Es ist nicht zu läugnen, daß in einzelnen Fällen die erstere VerfahrungsArt schneller zum Ziele führen kann; aber! wenn sie sicher zum Ziele führen soll, sind, nach dem, was ich ad IV.) gesagt habe, schriftliche Relationen erforderlich. Die auf solche verwendete Zeit ist unnütz verwendet, sobald hiernächst auf Erkennung der AppellationsProzesse gesprochen wird. Die Coccejiänische ProzeßOrdnung hatte den Grundsatz der AktenVorlegung nach eingekommener Justifikation angenommen; aber es bewährte sich der unnütze

ZeitVerlust von Jahr zu Jahr mehr. Daraus entstanden zuerst — Ausnahmen, die häufiger wurden, als die Regel, und bey der Carmerischen ProzeßOrdnung verschwand diese Akten-Vorlegung ganz. Ich würde also in allen Fällen, in welchen die Appellation nicht gesetzlich gleich bey der Interposition verworfen werden muß, die Ausführung dem Appellaten communiciren, um in vier Wochen seine Gegenausführung, ebenfalls unter präclusivischer Frist, einzureichen. Dieß alles muß, — selbst in dem Falle einer UntergerichtsSache — durch den Oberrichter geschehen, denn, nach oben, hat der Unterrichter schon nach eingekommener Anmeldung die Akten eingeschickt, er bleibt völlig unthätig, bis ihm solche — mit dem Judikate — remittirt werden, und die Gründe seiner Entscheidung enthält schon die Sentenz erster Instanz. Auch in diesem Falle ist also die Sache zum Spruche im Appellatorium reif, sobald die Gegenschrift eingekommen, oder die Präclusion per decretum erfolgt, ist. Eine Nachbringung dieser Schriften würde ich in den Fällen a und b nie gestatten. Zwar scheint dieß hart zu seyn, in dem Falle,

wenn der Appellant wirklich nova anzubringen hätte: allein, abgesehen davon, daß nova nicht vorausgesetzt werden können, muß das formelle Recht nach gewissen zugemessenen Zeiträumen verfahren, wenn nicht Ungerechtigkeit für den Gegentheil entstehen soll, und der Appellant hat Zeit genug gehabt, über die Lage seiner Sache nicht blos während der ersten Instanz, sondern auch vier bis sechs Wochen post sententiam, nachzudenken. Ob dem Appellanten durch ein auserordentliches Rechtsmittel zu helfen sey? ist hier noch nicht zu beurtheilen. Wenn

bey c) die JustifikationsSchrift, oder, nach der Sprache der Preußischen ProzeßOrdnung, der AppellationsBericht neue Thatsachen, oder neue Beweißmittel, enthält, ist es unbedingt erforderlich, darüber vor allen Dingen den Appellaten in einer Gegenschrift zu hören. Diese Gegenschrift muß sodann alle Erforderniße der Exception, oder Einlassung in erster Instanz, haben. Die Frist würde zwar auch präclusivisch seyn; aber da die Commination nur folgende seyn kann: daß Appellat die neuen Thatsachen einräume,

und gegen die Aufnahme der neuen Beweißmittel nichts zu erinnern habe; so würde eine Verlängerung derselben leichter gestattet werden müssen. Jetzt muß der InstruktionsWeg wieder eintreten; es müssen dabey alle Vorschriften statt haben, die in erster Instanz angegeben worden; nur erfordert es die Vorsicht, die Instruktion einem Mitgliede zu übertragen, welches in erster Instanz keine besondere Funktion in diesem Prozesse gehabt hat: nie aber kann der Instruent, oder Referent, die neue Instruktion leiten. Es bleibt nur noch übrig, von einem Falle zu reden, — der eigentlich einen blosen Gegenbeweiß in sich faßt, — wenn der Appellant keine nova in facto und keine neuen Beweißmittel angegeben hat, der Appellat aber dieß, zu mehrerer Begründung der Sentenz erster Instanz, thut. Die Preußische GerichtsOrdnung will, I. 14. §. 41. und 64, daß in diesem Falle keine Instruktion erfolgen, sondern der Beurtheilung des AppellationsRichters überlassen werden soll, ob es einer solchen Verstärkung der Gründe erster Instanz bedürfe, oder nicht? Diese Vorschrift kann ich nicht anders als äußerst zweckmäßig finden, weil sie mit mei-

nen oben angegebenen Grundsätzen stimmt, nach welchen

a) ein Gegenbeweiß — der völlig geführt werden kann — um deshalb unnütz ist, weil unter diesen Umständen der Beweiß nicht zu führen ist,

b) eine Veränderung nicht präsumirt werden kann, und

c) jede Wahrheit nur einen schließenden Gründ hat.

Der DeduktionenWechsel, nach vollbrachter Instruktion, würde auf sehr kurze präclusivische Frist zu beschränken seyn. — Was bey der Aburthelung zu beobachten sey, dieses ist schon oben ad IV.) gesagt.

B. Von der Revision.

In Ansehung der dritten oder Revisions-Instanz weichen beyde ProzeßOrdnungen wegen der VerfahrungsArt merklich von einander ab, und eben dieß ist der Fall auch in Ansehung der ältern und neuern Preußischen ProzeßOrdnungen. Es ist hier noch nicht der Ort, von

dem Unterschiede der appellablen und revisiblen Summen, und von den einzelnen Fällen zu sprechen, in welchen beyde Rechtsmittel, oder eines derselben, nicht statt findet, — sondern nur von der übrigen VerfahrungsArt. Die Baierische Prozeß-Ordnung macht XV. §. 12. die Revision der Appellation völlig gleich, also gestattet sie dieselben Fristen, und auch nova, insoferne solche nach §. 5. n. 8. in Appellatorio angebracht werden können. Das Corpus iuris Friedericianum de 1781. I. 15. läßt im Revisorium gar keine Verhandlungen zu, sondern die Akten werden auf die blose Interposition der Revision, welche die Beschwerde bestimmt enthalten muß, zum Spruche vorgelegt. Was die nova betrift, so disponirt das ältere Gesetz darüber folgendes: §. 10. Auf neue Fakta, oder neue Beweißmittel, welche in den beyden ersten Instanzen gar nicht vorgekommen sind, darf der Revisions-Richter keine Rücksicht nehmen. §. 11. Wenn daher auch eine Parthey, bey Anmeldung der Revision, dergleichen nova zugleich mit angeführt hätte; so muß der RevisionsRichter sein Erkenntniß lediglich nach den in erster und zweyter In-

stanz verhandelten Akten abfassen. §. 12. Findet er iedoch, daß das angeführte Novum annoch einige Rücksicht verdienen könne; so steht ihm frey, den Revidenten damit zum anderweiten rechtlichen Gehör in erster Instanz zu verweisen. §. 13. Findet der RevisionsRichter das allegirte Novum, auch an und für sich betrachtet, unerheblich: so muß er solches in dem Urthel ausdrücklich verwerfen, und hat alsdann deshalb keine neue Untersuchung statt; deren es hinwieder nicht bedarf, wenn der RevisionsRichter schon in den Akten voriger Instanzen, ohne Rücksicht auf das Novum, hinreichende Gründe, zum Vortheil des Revidenten zu reformiren, vorfindet.

Die Preußische Allgemeine GerichtsOrdnung hat Deduktionen und Gegendeduktionen zugelassen, und in Ansehung dieser existiren eine Menge nachheriger Declarationen. Sie hat hiernächst eine sehr verwickelte Theorie in Ansehung der Novorum in Revisorio festgesetzt, welche Th. I. Tit. 15. §. 10 — 18., vorgetragen ist. Ich würde in Revisorio keinen Schriftwechsel gestatten, und auf keine Nova attendiren. Denn,

eben so wie der Staat verpflichtet ist, eine Grenze zu ziehen, ienseits welcher gegen UrtheilsSprüche kein Streit mehr statt finden kann, eben so muß er dieß in Ansehung der Befugniß können, über eine Sache zu sprechen, insoferne nur die Partheyen dadurch nicht zu sehr in der Zeit beschränkt werden. Wenn nun in facto die Partheyen, in der Regel,

a) schon vor dem Anfange des Prozesses dessen Annäherung kennen,

b) in der ganzen ersten Instanz hinlängliche Zeit haben, darüber nachzudenken,

c) durch die Sentenz erster Instanz über die faktische Lage des Prozesses orientirt werden,

d) im Appellatorium in Ansehung neuer Thatsachen nicht beschränkt sind; so muß ihnen dieser lange Zeitraum genügen, alles dasienige anzugeben, was zur Thatsache und zu dem Beweise gehört.

Auf die blose Möglichkeit hin, daß dennoch, ohne Schuld der Parthey, ein Umstand nicht angeführt, ein Beweißmittel nicht angegeben, worden, kann kein Gesetz gebaut werden, eben so wenig, als eine vierte Instanz eingeführt werden

kann, weil es auch möglich bleibet, daß in einem Falle unter Tausenden, in der RevisionsSentenz das wirkliche Recht mit dem formellen nicht zusammentrifft.

In iure haben die Partheyen, durch die Deduktionen erster und zweyter Instanz, schon Unnützlichkeiten genug geschrieben, weil der Richter das Recht kennen muß; und die Deduktionen im Revisorio sind daher nichts, als zeitverderbende Wiederholungen schon oft gesagter RechtsGrundsätze. Für den Fall aber, daß, wirklich ohne Schuld der Partheyen, irgend ein Faktum unerwiesen, oder unerörtert, geblieben ist, sind außerordentliche Rechtsmittel festgesetzt. Aber, könnte man einwenden, werden nicht durch diese Strenge die auserordentlichen Rechtsmittel ungebührlich vervielfältigt werden? Ich glaube nicht, wenn nur gehörig in Ansehung des Zeitpunktes unterschieden wird, in welchem die neuen Fakta, oder Beweißmittel, zur Kenntniß desienigen Theils gekommen sind, der davon Gebrauch machen will. Dieses kann geschehen während des Laufes des Revisoriums, oder nach rechtskräftig entschiedener

Sache. Im letztern Falle ist das auserordentliche Rechtsmittel ohnehin nicht zu vermeiden, im erstern würde ich folgende VerfahrungsArt vorschlagen: derienige, der die Restitution sucht, müste in diesem Falle das Gesuch bey dem AppellationsRichter völlig substantiirt anbringen: dieser benachrichtigte sofort davon den RevisionsRichter, um die Aburthelung vorläufig auszusetzen: der Restituendus müste in diesen Fällen das juramentum novorum ableisten: und sodann würden diese Verhandlungen dem RevisionsRichter zugeschickt, um, nach Lage der Sache, entweder die Nova ausdrücklich zu verwerfen, oder durch ein Resolut zu bestimmen, ob und in welcher Instanz die Nova instruirt werden sollen. So sehr dieß mit den Vorschriften wegen der Novorum ein Revisorium einerley zu seyn scheint; so ist es doch nicht einerley, weil durch diese Verfügungen ein willkührliches Zurückhalten mit Thatsachen und Beweißmitteln völlig abgeschnitten wird. Der Staat hat die Pflicht, dahin zu sehen, daß die Prozesse nicht kostbarer werden, als das StreitObjekt. Hierin gründet sich die Lehre von den appellablen und revisiblen Sum-

men; die erstere kann und muß also niedriger seyn, als die letzere. Die eigentliche Bestimmung gehört zum Detail.

VI.

Von auserordentlichen Rechtsmitteln.

A. Von der Nichtigkeit.

Die Baierische GerichtsOrdnung giebt, XVI. §. 2, nur zwey Nullitäten, als solche, an, nämlich 1) Mangel der Citation, 2) Mangel der Jurisdiktion, worunter wohl — Mangel der Richter Qualität, nicht Incompetenz des Gerichts, zu verstehen ist. Die Preußische GerichtsOrdnung zählt, I. 16. §. 2. mehrere NullitätsFälle auf:

1) Sentenzen auf den Grund falscher Documente, oder bestochener Zeugen;

2) wenn gegen ein klares Gesetz in erster und zweyter Instanz gesprochen worden, und dagegen kein weiteres gewöhnliches Rechtsmittel statt findet;

3) wenn der Richter entweder keine Jurisdiktion gehabt, oder doch zum Richteramte nicht vereidet gewesen ist;

4) wenn eine minderjährige, oder ihr gesetzlich gleich geachtete, Person den Prozeß ohne Curator verhandelt hat;

5) wenn der Prozeß durch einen Bevollmächtigten geführt worden, der entweder gar keine, oder eine falsche, Vollmacht hatte;

6) wenn, ohne Citation, in contumaciam erkannt worden ist.

Der dritte und sechste Fall ist mit der Baierischen GerichtsOrdnung einstimmig; der erste muß wohl unbedenklich, und um so mehr, beybehalten werden, als sonst wegen eines möglichen falsi die CautelarGesetzgebung falsa präsumiren, und zu deren Verhütung alle Staatsbürger belästigen, würde.

Der zweyte NullitätsFall scheint mir wegfallen zu müssen. Denn, indem der Staat die appellablen und revisiblen Summen festsetzt, hat er in Sachen dieser Art eine besondere Grenze gezogen, auf welcher förmliches Recht in

wirkliches verwandelt wird, und also ist auch hier eine Sentenz — Gesetz. Den vierten Fall würde ich beybehalten, denn der Unterschied ist sehr wesentlich, ob der minor restituirt wird, weil dieß

a) die Nachweisung eines Schadens voraussetzt, und

b) diese Restitution nach vier Jahren, selbst nach dem gemeinen Recht, erloschen ist, — oder, ob er die NullitätenKlage anstellen kann, welche dreyßig Jahre dauert, und bey welcher die SchadensNachweisung nicht erforderlich ist. Auch den fünften Fall würde ich beybehalten, aus dem Grunde, den ich schon oben bey 1) angegeben habe. Bey dieser Lehre scheinen überdem beyde ProzeßOrdnungen darin von einander abzuweichen, daß die Baierische das ältere Judikat nicht zur Execution bringt, wohl aber die Preußische, — den einzigen Fall ausgenommen, wenn der Prozeß durch einen Mandatar betrieben worden, dieser gar keinen Auftrag gehabt hat, und dieß aus den Akten erhellt. Allein, sobald nur der Grundsatz aufgestellt ist, verschwindet diese Verschiedenheit: das liquidum kann nach dem illiquido

nicht aufgehalten werden. Nun aber können die NullitätsFälle der Baierischen ProzeßOrdnung in continenti zur Liquidität gebracht werden, denn, ob citatio a parte rei, und jurisdictio a parte iudicis, fehle, — ist sofort klar. Anders verhält es sich mit den übrigen NullitätsGründen der Preußischen GerichtsOrdnung, und ich würde daher diese Lehre folgender Gestalt fassen: ob das ältere Judicat während des Nichtigkeits-Prozesses zur Execution gebracht werden muß, oder nicht, hängt davon ab, ob die NichtigkeitsKlage über den Grund derselben den Richter so vollständig überzeugt, daß er nur durch Einwendungen des Beklagten gehoben werden kann, oder nicht. Im erstern Falle ist die Execution zu suspendiren, im letzern aber dieselbe fortzusetzen. Ob das eine oder das andere geschehen soll, ist durch das Decret auf die Klage festzusetzen.

B. Von der Restitutione in integrum.

Beyde ProzeßOrdnungen sind darin einig, daß dieses Rechtsmittel statt haben könne,

1) bey Minderiährigen und ihnen gleichgeachteten Personen;

2) wegen neuer Thatsachen, oder Beweißmittel, von welchen eine Parthey während des Hauptprozesses, ohne ihre Schuld, keine Kenntniße gehabt hat, oder verhindert worden, sich ihrer zu bedienen. Was die erstere Art der Restitution betrifft; so weichen beyde ProzeßOrdnungen besonders in Ansehung des Zeitraums von einander ab, während dessen diese Restitution gesucht werden muß. Die Baierische ProzeßOrdnung bestimmt solchen auf vier Monate nach erlangter Maiorennität; bey moralischen Personen aber, die iura minorum haben, auf vier Monate nach publicirter Sentenz, oder nach Entdeckung der Laesion. Die Preußische ProzeßOrdnung setzt ihn auf vier Jahre a die publicatae sententiae unbedingt fest, und will die Restitution, im Falle der Minderiährige inzwischen der Vormundschaft noch nicht entlassen wäre, durch dessen Vormund, oder durch dessen Erben, angestellt wissen.

So sehr ich den Grundsatz ehre, daß die dominia rerum certa seyn müßen; so stoßen mir doch erhebliche Bedenken gegen beyde Gesetze auf. Die Zeit von vier Monaten scheint mir zu beschränkt

schränkt zu seyn, die Zeit von vier Jahren, ob sie gleich gemeinen Rechtens ist, zu lang, und in Ansehung des termini a quo — bey wirklichen Minderiährigen, nicht richtig. Ich würde solche auf ein CalenderJahr, und zwar in der Art, festsetzen; daß solche

a) in Ansehung aller moralischen Personen, welche Rechte der Minderiährigen haben, a die publicatae sententiae zu laufen anfienge, und daß dabey auf den Umstand, ob die Läsion später entdeckt worden, nicht zu reflektiren sey. Denn moralische Personen sind eigentlich nur durch eine Fiction minderiährig; sie können also sofort ihr Interesse, mit Zuziehung ihrer Rechtsbeystände, in Ueberlegung nehmen;

b) in Ansehung wirklicher Minderiähriger, oder ihnen gleich geachteter physischer Personen, würde ich dieses Jahr erst von dem Tage an berechnen, an welchem sie der Curatel entlassen worden. Es ist zwar sehr richtig, — und diese Beobachtung scheint den Preußischen Gesetzgeber geleitet zu haben, — daß durch diese Computation viel Zeit verloren

werden kann; — aber es ist auch eben so richtig, daß derienige, der nicht klagen kann, auch keine Zeit versäumt. Ueberdem werden dadurch, daß

1) die ältern Judikate exequirt werden, und

2) derienige, gegen welchen Restitution gesucht wird, bis zu solcher, die Rechte und Vortheile eines redlichen Besitzers hat, die üblen Folgen beynahe ganz unmerklich gemacht. Aber auch hier müste dieß Jahr dergestalt präclusiv seyn, daß eine später entdeckte Verletzung nicht geachtet würde.

Restitutio ex capite novorum soll nach der Preußischen ProzeßOrdnung acht Wochen nach der Entdeckung, nach der Baierischen ProzeßOrdnung hingegen vier Monate nach solcher, angebracht werden. Ich würde der Baierischen ProzeßOrdnung den Vorzug geben, weil die Zeit von acht Wochen sehr beschränkt ist, wenn der Finder sich vorher überzeugen will, daß die nova zum Zwecke führen können. Die Preußische ProzeßOrdnung läßt diese Restitution nur wegen neu aufgefundener Documente nach, und beschränkt neue Zeugen nur auf den Fall, wenn

das Faktum und die Zeugen schon in dem ersten Prozesse angegeben worden, aber die Abhörung der letztern damals nicht zu bewirken gewesen. Die Baierische ProzeßOrdnung schweigt über diesen Fall. Wenn inzwischen bey der Restitution aus neuen Documenten auch neue Thatsachen angebracht, und mit den Documenten erwiesen werden können; so kann ich nicht wohl einsehen, warum eben dieß nicht auch in Ansehung der Zeugen statt haben könne, insoferne beides, die neuen Thatsachen und die Beweißmittel, dem Restituendo unbekannt gewesen sind. Uebrigens finde ich die Vorschriften der Preußischen Prozeß-Ordnung:

1) daß auf nova, die erst zehen Jahre nach erfolgter rechtskräftigen Entscheidung entdeckt worden, gar nicht geachtet werden soll;

2) daß, wenn der Prozeß auf den Grund eines de veritate geschwornen Eides entschieden worden, keine Restitution, sondern nur der Beweiß des Meineides, statt finde, vollkommen zweckmäßig.

Sobald die Nullitäts- oder Restitutions-Klage gehörig begründet ist, finden, im fernern Verlaufe der Sache, eben obige ProzeßVorschrif-

ten Anwendung, und beyde ProzeßOrdnungen sind darüber einig, daß bey RestitutionsKlagen zugleich über Restitution und HauptSache verhandelt und erkannt werden müsse. In Ansehung der NullitätsKlage ist die Baierische ProzeßOrdnung darüber nicht bestimmt; die Preußische will blos über die Nullität erkannt wissen, es soll aber zugleich die fernere Instruktion der Hauptsache eingeleitet werden. Ich glaube, dieß könne bestimmter gefaßt werden. Denn da eine rechtskräftig ausgeführte Nullität das ganze Verfahren und die Sentenz aufhebt; so sind nur zwey Fälle möglich, entweder, der Beklagte ist nulliter condemnirt, und alsdann muß Kläger alles, was er durch das nulle Judikat erlangt hat, wieder herausgeben, oder, der Kläger ist abgewiesen, und alsdann muß eine neue Einlassung des Beklagten in der Hauptsache erfolgen. Blos in dem ersten Falle, wenn das wahre Interesse des Beklagten nicht sofort zu übersehen ist, muß solcher deshalb eine besondere Klage einreichen, dadurch muß aber die Execution des liquidi — insoferne es liquid ist — nicht aufgehalten, sondern durch die Nullitätssentenz sofort verfügt wer-

den. Die übrigen, in der Baierischen Prozeß-Ordnung angeführten, Restitutionen sind keine dergleichen und auch daselbst nur remotive angeführt.

VII.

Von der Reconvention oder Wieder-Klage.

Um richtig darüber urtheilen zu können, in welchem Falle eine Wiederklage statt habe, ob sie abgesondert, oder nicht, mit dem HauptProzesse zugleich instruirt und entschieden werden müsse? ist abermals von dem Grundsatze auszugehen, daß das liquidum nie nach dem illiquido aufgehalten werden muß. Nun entstehet aber die Reconvention entweder aus demselben Geschäfte, welches der Klage zum Grunde liegt, oder nicht. Im erstern Falle ist sie eigentlich eine wahre Einwendung, und hat nur das sonderbare, daß daraus, in einigen Fällen, vielleicht mehr erlangt werden kann, als der Kläger eingeklagt hat. Es ist also keinem Bedenken unterworfen, daß in

diesem Falle conventio et reconventio zugleich instruirt, und zugleich entschieden werden können, und daß auch ad reconventionem dem Wiederkläger mehr zugesprochen werden kann, als zur blosen Abfindung des Klägers ad conventionem gehört. Entspringt aber die Reconvention aus einem fremden Geschäfte; so gestattet schon der oben aufgestellte Grundsatz nicht, daß solche mit der Convention zugleich instruirt und entschieden werden könne; sobald die Convention zu einer summarischen und schleunigen ProzeßArt gehört. Aber diese Gleichzeitigkeit ist auch in allen übrigen Prozessen gefährlich, weil es nicht wohl denkbar ist, daß conventio und reconventio sogleich liquid seyn, oder so zugleich liquid zu machen seyn sollte, daß durch diese gleichzeitige Behandlung nicht gegen ienen Grundsatz angestoßen würde. Ich finde daher kein Bedenken, der Preußischen ProzeßOrdnung dahin beyzutreten: daß in diesem Falle die Reconvention besonders instruirt, und entschieden werden müsse, und, daß durch keinen dieser Prozesse die Execution einschlüßlich nach dem andern aufgehalten werden dürfe. Dagegen beschränkt die Baierische Prozeß-

Ordnung diese eigentliche Reconvention nur auf Ausländer, statt, daß die Preußische Gerichts-Ordnung diesen Unterschied nicht kennet, sondern nur das forum reale und forum privilegiatum caussae ausnimmt.

Die ältere Preußische ProzeßOrdnung war mit der Baierischen ProzeßOrdnung in diesem Punkte einstimmig, und dieser Unterschied war

durch die Neumärkische RegierungsInstruktion von 1750, und durch die Altmärkische ObergerichtsInstruktion von 1753

gesetzlich. Ich muß in diesem Punkte der Baierischen GerichtsOrdnung den Vorzug geben. Denn die ganze prorogatio fori necessaria ist ein Hirngespinst. Sie soll darin ihren Grund haben, daß man denienigen auch gegen sich zum Richter annehmen muß, den man für sich angerufen hat. Aber der Kläger hat nicht die Wahl, welchen Richter er anrufen will, sondern er muß den competenten Richter anrufen, und darin, daß er dieß thun mußte, kann kein Grund für den Beklagten liegen, sich einer gesetzlichen Vorschrift zu entziehen. Wenn dieß in Ansehung der Ausländer eine Ausnahme leidet; so liegt sie blos

darin, daß es StaatsInteresse ist, alle Evocation der Unterthanen, sey es als Kläger oder Beklagte, möglichst zu vermeiden. Bey Unterthanen eines Staats, ist dieß nicht der Fall, voraus gesetzt, daß der ganze Staat eine und dieselbe ProzeßOrdnung hat. Wird dieser Grundsatz gesetzlich angenommen; so fallen alle Distinktionen weg, die im entgegengesetzten Falle nach der Preußischen ProzeßOrdnung unvermeidlich sind.

VIII.

Von den Fällen, wo, auser dem Kläger und Beklagten, mehrere Personen bey einem Prozesse interessiren.

A. Von der Adcitation und Litisdenunciation.

Beyde haben, erstere von Seiten des Klägers, letztere von Seiten des Beklagten, den Zweck, bey demienigen, gegen welchen sie ihren Regreß nehmen zu können glauben, dem Ein-

wande vorzubeugen, die Sentenz in der Hauptsache würde anders ausgefallen seyn, wäre diese richtig vorgetragen, oder wäre von den Beweißmitteln Gebrauch gemacht worden, die dem Litisdenunciaten bekannt gewesen. Aus diesem Zwecke werden sich leicht die Mittel, folglich auch die Procedur, abziehen lassen. Die Preußische Gerichts-Ordnung kennt eine Adcitation oder Litisdenunciation durch den Richter, ohne Antrag der Parthey, zu dem Zwecke, um den Richter über die faktische Lage der Sache klar sehen zu machen. Dieß ist eine Art von Beweißforschung ex officio, und ich beziehe mich deshalb blos auf dasienige, was oben II. ad 1.) gesagt worden, denn weiter hat diese Lehre hier keinen Einfluß. Wenn bey der wahren Adcitation, oder Litisdenunciation, der obige Zweck erreicht werden soll; so muß

1) der Adcitat, oder Litisdenunciat, mit der Vorladung zugleich vollständig von der ganzen Lage der Sache zur Zeit der Vorladung, unterrichtet werden,

2) die Vorladung muß zu einer Zeit erfolgen, in welcher es dem Vorgeladenen noch möglich bleibt, nova in facto et probatione,

die die HauptParthey nicht angebracht hat, anzugeben,

3) wenn der Vorgeladene nach 1) die Lage der Sache richtig kennt, aber nach 2) nichts neues zu sagen weiß; so kann er unschädlich wegbleiben, folglich ist die Citation eine monitorische; bliebe er aber

4) im entgegengesetzten Falle aus; so muß er durch die Citation die Folgen kennen, welche dieß Ausbleiben nach sich ziehet.

ad 1) und 3) sind beyde ProzeßOrdnungen einstimmig: ad 2) bestimmt die Baierische GerichtsOrdnung, daß diese Gesuche, spätestens, bey ieder LitisContestation angebracht werden sollen: die Preußische GerichtsOrdnung hingegen läßt solche noch bey der AppellationsAnmeldung zu. Mir scheinen beyde Zeitpunkte nicht vollkommen richtig gewählt zu seyn. Der erstere nicht, weil, sobald nova in appellatorio angebracht werden können, die Sache eben dadurch ad statum litis contestationis reducirt wird; der letztere nicht, weil der Appellant, noch in dem Appellations-Bericht, nova anführen kann. Ich würde also festsetzen, daß das Adcitations- oder Litisdenun-

ciationsGesuch noch mit dem AppellationsBerichte verbunden werden könne, aber auch, daß die Gründe der Verzögerung dieses Gesuchs genau angegeben werden müssen, damit dem Denuncianten die Folgen der Verzögerung sententionando, ohne Rücksicht auf den übrigen Gang der Sache, auferlegt werden können. Bey 4) setzt die Preußische GerichtsOrdnung die Folge des Ausbleibens des adcitati, oder litis denunciati, blos darin, daß er in dem künftigen RegreßProzesse mit solchen Einwendungen, oder faktischen Behauptungen, nicht mehr werde gehört werden, die bey der Hauptsache hätten angebracht werden müssen und bey unterlassener Litisdenunciation läßt sie bey dem RegreßProzesse dergleichen zu. Des erstern Comma hat auch die Baierische ProzeßOrdnung, nicht so des letztern; denn sie beraubt den Litisdenunciaten der ganzen RegreßKlage, wie es mir scheint, mit Unrecht. Denn vorausgesetzt, daß dieienigen, gegen welche der Regreß genommen werden soll, über den HauptProzeß nichts weiter zu sagen wissen, als, was wirklich gesagt worden; — so ist kein Grund abzusehen, warum durch Verabsäumung einer blosen Formalität ein

sehr wesentliches Recht verlohren gehen soll. Ich würde also hier der Preußischen ProzeßOrdnung den Vorzug geben. Die übrige VerfahrungsArt, nach Verschiedenheit der Fälle, ist in der Preußischen ProzeßOrdnung sehr ausführlich angegeben, aber dieß alles ist nichts weiter, als ein Commentar zur Baierischen GerichtsOrdnung.

B. Bey der Nomination,

weichen beyde ProzeßOrdnungen wesentlich nur darin von einander ab, daß, nach der Preußischen ProzeßOrdnung, der Nominat, in casum contumaciae, alle Ansprüche an die Sache, oder das RealRecht verliert, — nach der Baierischen ProzeßOrdnung aber gegen denienigen, dem die Sache übereignet, oder ein anderes RealRecht zugesprochen worden ist, noch das Petitorium anstellen kann. Mir scheint die Preußische ProzeßOrdnung den Vorzug zu verdienen; denn, sobald die Bekanntmachung an den Nominaten rite erfolgt ist, hat er vorläufig nichts weiter zu thun, als blos zu sagen, ob er Ansprüche auf die Sache, oder auf das RealRecht, machen wolle, oder nicht? Unterläßt er dieß; so scheint mir keine Strafe

dieser Contumaz zu hart zu seyn. Dagegen finde ich die Vorschrift der Preußischen Gerichts-Ordnung, daß die Erklärung des Nominati, die Sache gehe ihn nichts an, gerichtlich erfolgen müsse, überflüssig; denn eine rite erfolgte Bekanntmachung supplirt vollkommen die gerichtliche Beglaubigung.

C. Von der Intervention.

Eine iede Intervention setzt ein Interesse eines Dritten, bey der Entscheidung des Prozesses zwischen den Kläger und Beklagten, voraus, und dieß Interesse muß, nach beyden ProzeßOrdnungen, bey der Anmeldung, bescheinigt werden. Es kann aber von dreyfacher Art seyn:

1) es beschränkt sich blos darauf, daß eine der streitenden Partheyen verliere, oder gewinne; (interventio accessoria) sodann muß dasselbe Verfahren statt finden, welches bey der Litisdenunciation, oder Adcitation, geordnet ist. Auch hierin sind beyde ProzeßOrdnungen wesentlich einig;

2) es liegt dem Intervenienten daran, daß beyde Partheyen verlieren, und zwar aus einem

Rechtsgrunde, der beyden Partheyen entgegen stehet. (interventio principalis). Alsdann sind beyde Partheyen die Gegner desselben, und beyde ProzeßOrdnungen wollen, daß diese Intervention als ein besonderer Prozeß behandelt werden solle. Nur in der Lehre, wie es in Ansehung der Execution in dem rechtskräftigen HauptProzesse gehalten werden solle, weichen sie von einander ab. Die Baierische GerichtsOrdnung, VIII. §. 4. n. 4. gestattet zwar die Execution, läßt aber Ausnahmen nach, die, theils, nicht bestimmt genug sind, theils, mehr oder weniger zu Verzögerungen führen müssen. Die Preußische ProzeßOrdnung, I. 18. §. 5. setzt fest, daß die Execution erfolgen müsse, insoferne der Intervenient durch die Intervention nicht einen Arrest begründen kann. Dieß ist, nach meiner Ueberzeugung, der einzige richtige Gesichtspunkt, aus welchem diese Lehre angesehen werden kann, und ich würde daher kein Bedenken haben, diese Vorschrift der Preußischen GerichtsOrdnung unbedingt anzunehmen.

3) Der Intervenient hat zu seiner Intervention Rechtsgründe, deren einer nur einer Par-

they, der andere aber nur der andern Parthey entgegen stehet. Wenn dieß der Fall ist; so muß der Intervenient vorläufig mit einer der Partheyen gemeinschaftliche Sache machen, um zuerst den Anspruch der andern Parthey zu beseitigen. Insoferne ist die Intervention blos accessorisch, und er muß dazu angehalten werden, weil sonst über eine und dieselbe Sache zwey successive Prozesse entstehen würden. Die Baierische GerichtsOrdnung schweigt über diesen Fall, die Preußische hat ihn §. 6. durch Exempel angegeben. Das Ganze reducirt sich auf obigen Grundsatz, und danach modelt sich das Verfahren dahin, daß der Intervenient gegen eine der Partheyen accessorie intervenirt, gegen die andere aber besonders klagt. Ob er diese Klage gleichzeitig anbringen, oder den Ausgang des HauptProzesses vorher erwarten, will, muß seiner Wahl überlassen bleiben.

IX.

Von dem Ungehorsame der Partheyen und dessen Folgen.

Ein ieder Staatsbürger ist schuldig, der Anweisung seiner Obrigkeit zu genügen, oder sich den rechtlichen Folgen seines Ungehorsams zu unterwerfen. Er ist also, — besonders im CivilProzesse, — nicht unbedingt schuldig, zu gehorsamen, sondern nur insoferne, als er sich den Folgen nicht unterwerfen will.

Also muß er genau wissen,

a) was von ihm verlangt wird,

b) welche Folgen sein Ungehorsam hat.

Dieß sind die wesentlichen Erfordernisse aller Vorladungen. Ueber das erstere stimmt die Baierische GerichtsOrdnung mit der Preußischen, aber sie schweigt, in Ansehung des letztern; ist wenigstens darüber bey weitem nicht so bestimmt, als die Preußische. Der letztern gebührt ohne Streit der Vorzug, besonders, wenn sie verordnet, daß der Rechtsnachtheil den Partheyen, in allgemein verständlichen Ausdrücken, nicht in einer fremden Sprache, auch nicht durch Kunst-

Ausdrücke, bekannt gemacht werden soll. Hieraus folgt zwar, daß diese Commination sich nach Verschiedenheit des Geschäfts abändern müsse: allein, hier ist doch zu prüfen, welcher Rechts-Nachtheil muß im gewöhnlichen Prozesse gleich in der ersten Vorladung den Partheyen bekannt gemacht werden; weil darüber beyde ProzeßOrdnungen von einander abweichen. In Ansehung des Beklagten also, verordnet die Baierische GerichtsOrdnung entweder Geldstrafen, oder, daß lis pro affirmative contestata, oder endlich, daß lis pro negative contestata angenommen werden soll, und lässet V. §. 11. n. 4. dem gehorsamen Theil die Wahl frey. Die Preußische Gerichts-Ordnung nimmt in allen Fällen litem pro affirmative contestata an. In der ältern Preußischen Gesetzgebung war gleichfalls iener Unterschied bekannt, und zwar wurde lis pro negative contestata angenommen, wenn die Klage nicht auf brieflichen Urkunden beruhte.

Neumärkische und Altmärkische Regierungs-Instruction.

Es fragt sich ietzt, welches ist die zweckmäßigste VerfahrungsArt? Es scheint hier unterschie-

den werden zu müssen, ob der Klage alle Beweißmittel schon beygefügt, wenigstens schon vollständig angegeben, sind oder nicht. Im letztern Falle wäre es allerdings hart, wenn man irgend einen Beklagten, auf das blose Geschwätz des Klägers hin, pro confesso et convicto erklären wollte. Nicht so im erstern. Denn in diesem erfährt der Beklagte genau, durch welche briefliche Urkunde der Kläger das behauptete Faktum erweisen will, oder welche andere Beweißmittel zu dessen Gebote stehen. Er kann also hinlänglich prüfen: ob das Faktum dadurch werde erwiesen werden können, oder nicht. Will er es dennoch läugnen; so muß er dieß bestimmt thun: unterlässet er es, nach hinlänglicher Verwarnung; so hat er eine Bürgerpflicht verletzt, und dieß verdient keine Schonung der Gesetze. Ich würde also hierin der Preußischen Gesetzgebung den Vorzug einräumen.

Auch darin weichen beyde ProzeßOrdnungen von einander ab, daß nach der Preußischen gleich der erste Termin präiudicial ist, nach der Baierischen nicht. Ich würde dieser letztern den Vorzug geben, wenn nur nicht die Bedenk-

lichkeit damit verbunden wäre, daß der Beklagte erst bey der zweyten Vorladung das richtige Präjudiz erfährt, also eigentlich doch nur einen Termin hat. Eben darum scheint mir die Preußische VerfahrungsArt vorzüglicher zu seyn, insoferne nur bey Bewilligung der ersten Termins-Prorogation die Sache leicht genommen wird. Wie lange vor dem Termin die Insinuation ad effectum contumaciae geschehen seyn müsse, darüber schweigt die Preußische Gesetzgebung, und eine Bestimmung darüber wäre doch um so nothwendiger gewesen, als diese ProzeßOrdnung überall nicht Zeitfristen, sondern bestimmte Tage, voraussetzt. Würde nun künftig der ordentliche Prozeß nach meinen Vorschlägen behandelt; so müßten bey einer ieden Art von Prozeßhandlung, bey welcher es auf Termin ankömmt, die Tage bestimmt werden, an welchem vor dem Termin die Insinuation erfolgt seyn müßte: wo es dagegen blos auf SchriftenEinreichung ankäme, würde der bewilligte Zeitraum nur vom Tage des insinuirten Befehls an gerechnet. Was die Art der Insinuationen betrifft; so überlässet die Baierische und ältere Preußische Gesetzgebung

diese Insinuation dem Kläger, die neuere Preußische lässet alle Insinuationen, diejenige an mehrere Erben ausgenommen, gerichtlich bewirken. Auch hier trage ich kein Bedenken, der Preußischen beyzustimmen, weil sie alle Zögerungen, und alle Zweifel über die Richtigkeit des Documenti insinuationis, vollständig hebt. Was das Präiudiz für den Kläger betrifft, so ist dieß von doppelter Art. Der Kläger bleibt entweder aus, ehe Lis contestirt ist, oder nachher. Ist ersteres, so nimmt die Preußische Gesetzgebung an, er wolle die Klage nicht fortsetzen, und mit Recht, da hier blos von einer Entsagung der Klage, nicht des Rechts die Rede ist. In dem fernern Verlauf der Sache muß es aber von der Wahl des Beklagten abhängen, ob er sich bey der blosen Reposition der Akten beruhigen, oder auf die Fortsetzung und Aburthelung der Sache bestehen will. Dieß flieset schon aus dem richtigen Begriff der ProvocationsKlage ex lege diffamari: denn sobald geklagt ist, und der Beklagte läugnet; so ist die Diffamation klar, und Beklagter hat also ein Recht, auf die Aburthelung zu dringen.

Soviel über diesen Gegenstand; — denn alle übrige Präjudize stehen entweder ein für allemal fest, wie z. B. bey dem decendio appellationis, oder sie können leicht, nach Verschiedenheit der Fälle, aus den Geschäfte selbst abgezogen, und den Partheyen bekannt gemacht werden. Wenn endlich die Baierische ProzeßOrdnung eine UngehorsamsBeschuldigung des Gegentheils erwartet, die Preußische nicht; so reducirt sich dieser Unterschied auf die oben erörterte Frage: ob ein Richter ex officio procediren könne, oder nicht?

Jetzt bleibt nur noch übrig, von dem Rechtsmittel zu reden, welches gegen ContumacialErkenntnisse statt findet. Beide ProzeßOrdnungen nehmen blos eine restitutionem in integrum an, und lassen durch den ersten Richter von neuem in erster Instanz erkennen. Die Preußische Gesetzgebung hat, in neuern Zeiten, diesen Grundsatz verlassen, und will auch diese Berufung nach Art wirklicher Appellationen behandelt wissen. Schon der Erfolg hat gezeigt, daß diese Verfahrungsart nicht richtig ist. Denn sie gab zu unzähligen Distinctionen die Veranlassung. Sie konnte aber auch nicht richtig seyn, weil dadurch die Par-

theyen offenbar eine Instanz verlieren. Daß aber auch hier die RestitutionsFrist an das decendium appellationis, von dem Tage der richtig geschehenen Insinuation des ContumacialBescheids an, gerechnet, beobachtet werden müsse, folgt daraus, daß der Beklagte iezt offenbar hinlängliche Zeit gehabt hat, darüber nachzudenken, ob er den Prozeß durchführen will, oder nicht. Es bedarf kaum einer Bemerkung, daß hier nur von DefinitivEntscheidungen die Rede seye, und, daß die übrigen restitutiones in integrum contra lapsum fatalium, sobald sie nur gehörig bescheinigt sind, ohne Umstände, durch blose Decrete bewilligt werden können.

Von der Execution.

Alle ProzeßOrdnungen sind darin einig, daß rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte vollstreckt werden müssen: die Grade und die FolgeOrdnung in den ExecutionsObjecten, sind in beyden ProzeßOrdnungen wesentlich dieselben, nur in der Preußischen weitläufiger auseinander gesetzt, als in der Baierischen. Der Mittelweg wird, nach dem, was ich im Eingange gesagt habe, bey der Ausarbeitung selbst zu finden seyn.

Soviel von dem ordentlichen obergerichtlichen Prozesse. Bey

II.) Summarischen Prozessen aller Art

ist die Preußische GerichtsOrdnung offenbar zu weitläufig. Sie unterscheidet, wo zum Theil nichts zu unterscheiden ist, und die wesentlichen Vorschriften lassen sich überdem leicht aus den Grundsätzen des ordentlichen Prozesses, mit Rücksicht auf größere Schnelligkeit, ableiten. Wesentlich scheinen mir nur folgende Unterschiede zu seyn:

1) alle summarische Prozesse müssen nicht schriftlich, sondern vom Munde aus in die

Feder, nach der InstructionsMethode, verhandelt werden;

2) die Zuziehung der Mandatarien ist nicht nothwendig, und muß

3) bey untergerichtlichen, ländlichen Prozessen, in der Regel, gar nicht gestattet werden. Die Ausnahmen sind:
   a) auswärtige Kläger,
   b) besondere Vergünstigung des Obergerichts.

Eine traurige Erfahrung läßt mir darüber keinen Zweifel übrig, daß für die Landbewohner nichts schädlicher ist, als RechtsConsulenten und Advocaten. Der Naturtrieb, nichts von seinem Rechte verlieren zu wollen, begünstigt das lose Spiel gewissenloser, oder darbender, Mandatarien, und verleitet die harmlosen Landbewohner, das Ganze aufs Spiel zu setzen, um einen vielleicht höchst unerheblichen Theil ihres Vermögens zu retten. Daß übrigens die Sache sehr ausführbar sey, beweiset das Fürstenthum Ansbach, in welchem, unter der markgräflichen Regierung, bey den ländlichen Untergerichten keine Advocaten zu-

gelassen wurden. Eben darum fand ich, bey der neuen Organisation dieser Gerichte, wenig Prozesse, und noch weniger Verwickelung; wogegen alle Sachen dieser Art, die von der Bayreuther Regierung an die Ansbachische in Revisorio gelangten, verwickelt waren, und ungeheuere ActenBände füllten, weil sie durch Mandatarien, von ihrer Entstehung an, verhandelt waren. Es verstehet sich übrigens von selbst, daß, wenn eine dergleichen Sache in Appellatorio an ein Obergericht erwächset, und zum ordentlichen Prozesse gehört, bey dem Obergerichte Sachwalter zugezogen werden müssen.

III. Vom ConcursProzesse.

Die Vorschriften der Preußischen Allgemeinen GerichtsOrdnung sind theils formell, theils materiell, — die LocationsOrdnung.

Was die ersteren betrifft; so sind solche auf große wichtige Concurse über Rittergüter &c. calculirt, und da dürfte gegen ihre Zweckmäßigkeit wenig zu erinnern seyn. Zwar unterscheidet die Preußische ProzeßOrdnung selbst unter ober- und

untergerichtlichen Concursen; aber die Unterrichter haben selten Sinn genug, die Nuß von der Schale zu unterscheiden. Es müste diese Materie für Untergerichte ganz besonders, und ohne Rückweisung auf den obergerichtlichen ConcursProzeß, bearbeitet werden.

Was die LocationsOrdnung betrifft; so ist vorher die Frage zu entscheiden: soll die Preußische HypothekenVerfassung beybehalten werden oder nicht? Was dafür gesagt werden kann, habe ich in dem anliegenden Aufsatze gesagt, den ich zu einem andern Zweck, vor einiger Zeit, ausarbeitete. — Ich habe meine Meinung nicht geändert. Wird sie beybehalten; so ist die LokationsOrdnung völlig zweckmäßig: im entgegengesetzten Falle aber ist alles dasienige zwecklos, was von der dritten Classe, und von der Separation der RealMasse, gesagt ist.

IV. Von dem LiquidationsProzesse.

Diesen nennt die Baierische GerichtsOrdnung einen ParticularConcurs. Aber es dürfte nicht zu läugnen seyn, daß die Preußische Pro-

zeßOrdnung richtiger die Folgen dieses Unterschiedes angegeben hat, als die Baierische.

V. Von den Gerichten und dem Gerichtsstande.

Ueber erstere, und deren Organisation, läßt sich uur dann allererst urtheilen, wenn über die ProzeßForm entschieden ist. Ueber letzere sind beyde ProzeßOrdnungen wenig von einander abweichend, und es ist eigentlich die Preußische Allgemeine GerichtsOrdnung nur ein Commentar der Baierischen.

VI. Von Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit.

Um hierüber richtig zu urtheilen, muß zuerst die materielle Gesetzgebung bestimmen, welche Handlungen die gerichtliche Einwirkung nothwendig erfordern. Aber ietzt schon ist es mir nicht zweifelhaft, daß der ganze zweite Theil der Preußischen Allgemeinen GerichtsOrdnung theils zu viel distinguirt, theils, um irgend einen Betruge vorzubeugen, alle redliche Staatsbürger zu sehr belästigt.

Hiemit schließe ich eine Ausarbeitung, der man es ansehen wird, daß nur der obergerichtliche Prozeß mit Ruhe und Muße ausgearbeitet wurde, und daß andere dringendere Geschäfte mich hinderten, dem Reste mehrere Ausführlichkeit zu geben. Wenn der höchste Gesetzgeber über die Grundsätze entschieden haben wird, dürfte es zweckmäßig seyn, die detaillirte Ausarbeitung in München unternehmen zu lassen, damit unter den Augen der Gesetzgebung jeder Anstand sofort gehoben werden könne.

Nürnberg,
den 31. December 1806.

Ueber die Preußische HypothekenVerfassung.

Die Preußische HypothekenVerfassung, und die, damit in Verbindung stehende, LocationsOrdnung in Concursen, weicht so wesentlich von allen übrigen ab *), daß es mir der Mühe werth zu seyn scheint, die Grundsätze, auf welche sich die erstere stützt, kurz auseinander zu setzen, weil dadurch nicht allein diese selbst anschaulich wird, sondern auch die Principien der letzern daraus von selbst folgen.

Ich will zuerst einige Worte über die Geschichte der HypothekenVerfassung in den Preußischen Staaten sagen. In solchen existiren schon HypothekenBücher und HypothekenOrdnungen seit

*) Vom Jahre 1783, in welchem die neueste HypothekenOrdnung erschien, ist dieß unbedingt richtig; späterhin ist die reine Theorie auch in andern Staaten angenommen worden.

1722. Diese älteste HypothekenOrdnung, so wie diejenige, welche im Jahre 1750 für Schlesien gegeben, aber auf die ganze Monarchie angewendet, wurde, hatte den Fehler, daß in beyden der Unterschied nicht richtig ins Auge gefaßt war, der in einem allgemeinen Pfandrechte nach förmlich eröffnetem Concurse, und in einer Disposition des noch unbeschränkten Besitzers liegt, und daß also auf die privilegirten, gesetzlich stillschweigenden, Hypotheken mehrere Rücksicht genommen war, als sich mit dem Sinne und der Glaubwürdigkeit der HypothekenBücher vereinigen ließ. Man fühlte diesen Fehler, ohne ihn ausrotten zu können: wozu wohl hauptsächlich die unbestimmte Definition der Hypothek in l. 4. ff. de pignot. et hypoth. und das Heer der erklärenden Rechtslehrer, das ihrige beytrugen. Sobald aber diese Schwierigkeit gehoben war, erschien, im Jahre 1783 die neueste HypothekenOrdnung, gegen deren Consequenz sich schwerlich etwas einwenden läßt, sobald man nur den Begriff der Hypothek richtig bestimmt hat. Das allgemeine LandRecht drückt sich darüber I. 20. §. 7. 8. folgendergestalt aus:

§. 7. geschieht die Einräumung des dinglichen Pfandrechts durch Uebergabe der Sache; so ist ein Pfandrecht im engern Sinne vorhanden. §. 8. Geschieht dieselbe durch gerichtliche Eintragung auf Grundstücke, ꝛc. so hat der Gläubiger das Recht einer Hypothek. — In dem §. 7. wollen mir die Worte: im engern Sinne — nicht gefallen; und der 8 §. setzt vorhandene HypothekenBücher voraus. Ich will versuchen, meine Ansicht der Sache zu entwickeln, weil ich zwischen Pfandrecht und Hypothek gar keinen Unterschied, weder einen engern noch weitern Sinn, annehme; weil ich eben darum die Hypotheken-Bücher lieber: Besitz- und PfandBücher — überschreiben würde; und, weil zwey Namen unnütz sind, so lange die Sachen selbst sich nicht unterscheiden. Darüber ist kein Streit, daß, um ein RealPfandrecht zu constituiren, die Uebergabe der verpfändeten Sache erforderlich sey. Warum? Etwa blos zur Sicherheit des Gläubigers? Ich glaube nicht; denn diese wäre auch auf andere Art zu erhalten: also — zur Sicherheit des Publikums gegen Betrug. Darüber ist ferner kein Streit, daß dieselbe Sache mehreren,

und zwar entweder zum gleichheitlichen, oder zum successiven, Pfandrecht verpfändet werden könne, und, daß die, mehreren Gläubigern verpfändete Sache, bey dem Abmangel einer andern Vereinigung, gerichtlich niedergelegt werden könne. Endlich ist es unstreitig, daß die Uebergabe auch symbolisch erfolgen könne, — insoferne nur dadurch für die Sicherheit der Contrahenten und des Publikums zugleich gesorgt wird. Die Hypothek ist also nichts weiter, als ein symbolisch übergebenes Pfand; und die Einschreibung in die HypothekenBücher ist nichts weiter, als die Uebergabshandlung, wodurch das RealRecht vollendet wird. Daraus folgen folgende Grundsätze:

1) der Richter muß sich überzeugen, daß das zu verpfändende Grundstück wirklich dem Verpfänder gehört, (d. i. die Berichtigung des tituli possessionis.) Daß dabey mit der grösten Vorsicht zu Werke gegangen werden muß, versteht sich von selbst.

2) Er muß ferner untersuchen: ob das Pfand (immobile) mit vollem, oder eingeschränkten, Eigenthum

genthum besessen wird? und in dem letzern Falle muß der PfandCreditor damit bekannt gemacht werden. (Einschränkung des Eigenthums, oder der Disposition.)

3) Es muß Niemand, es sey unter welchen Rechtsbehelfen es immer wolle, eher Anspruch an das Grundstück, oder dessen Werth, machen können, als bis dieienigen Pfandgläubiger völlig befriedigt werden, denen es durch die Eintragung rite tradirt ist. — Aber, ist diese Theorie nicht Ungerechtigkeit gegen privilegirte ꝛc. Hypotheken? und werden solche dadurch nicht eo ipso aufgehoben? Keines von beyden; denn Niemand zweifelt daran, daß, eben dieser Hypotheken ungeachtet, der Besitzer z. B. eines Schmuckes von hohem Werthe solchen verpfänden könne, so lange der Concurs nicht förmlich eröffnet ist, oder der privilegirte Hypothecarius sich solche hat tradiren lassen. Dieß muß, aus eben den Gründen, auch von einem Pfande gelten, welches nur symbolisch tradirt werden kann, und, es muß auch hier, wie überall, heißen: vigilantibus iura sunt scripta. Das einzige, was das Gesetz thun

könnte, — und wirklich gethan hat, — ist folgendes: einem ieden Gläubiger, der eine privilegirte, gesetzliche ꝛc. Hypothek hat, muß es frey stehen, solche, ohne besondere Einwilligung des Belasteten, eintragen zu lassen, so, wie eben dieser Berechtigte die Verpfändung des Schmuckes durch den Belasteten verhindern kann, wenn er zeitig genug seine Maaßregeln nimmt. Schon hieraus folgt, daß diese Hypotheken nicht aufgehoben sind: aber eigentlich äußern sie ihre Wirkungen nur in Concursen, d. i. insoferne die sämtlichen Creditoren dadurch ein allgemeines Pfandrecht auf das ganze Vermögen des Debitors erhalten, und nur insoferne, als nicht von einzelnen Pfandrechten die Rede ist; denn alle ConcursOrdnungen eximiren Pfänder von der übrigen ConcursMasse.

Aus dieser Darstellung wird es klar, warum die Preußische LocationsOrdnung die Immobilien, insoferne sie verpfändet sind, von der gemeinen Masse ausnimmt, davon die Pfandgläubiger befriedigt, und nur den Rest an die GemeinMasse abgiebt, (classis III.) in dieser GemeinMasse

aber alle diejenigen Vorrechte gelten läßt, die aus den verschiedenen Gattungen von Hypotheken entspringen. Da ich, seit 37 Jahren, fast alle Verfassungen studirt habe, welche dingliche Rechte auf Grundstücke constituiren; da ich selbst, bis zum Jahr 1784, nach ganz verschiedenen Grundsätzen gearbeitet habe; — so kann meine Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit der jetzigen HypothekenVerfassung in den Preußischen Staaten, weder aus Unkunde, noch aus NeuerungsSucht, entstanden seyn. Ich habe mich geflissentlich blos auf die GeneralAnsicht des Gegenstandes beschränkt; denn, daß in Nebendingen die Preußische HypothekenOrdnung auch schwache Seiten habe, daran wird Niemand zweifeln, der weiß, daß sie — Menschenwerk ist.

Dieser Gegenstand leitet mich beynahe unwillkührlich auf die ConsensErtheilungen. Was ich über diesen Gegenstand sagen werde, ist jedoch nur vom freyen Eigenthume zu verstehen; denn, daß bey allen Grundstücken, deren Rückfall an den Obereigenthümer, ohne Zahlung des Werths, möglich ist, diese ConsensErtheilung, —

um den Obereigenthümer verbindlich zu machen, — erforderlich ist, liegt in der Rechtlichkeit, zufolge welcher Niemand getäuscht werden muß. Wo aber diese Einschränkung fehlt, sind die Consens-Ertheilungen, theils, eine unnöthige Belästigung der Besitzer, theils, gewähren sie demungeachtet den beabsichteten Nutzen nicht. Sie setzen eine immerwährende Vormundschaft nicht blos über alle GutsBesitzer, sondern auch über diejenigen voraus, die mit ihnen Geldgeschäfte machen wollen. Ob diese ausführbar, ob sie rechtlich zu vertheidigen, sey? beydes bedarf keiner Erörterung. Denn, indem der Staat den Besitzer hindern will, seine Grundstücke über zwey Drittheile, oder über die Hälfte, des Werths zu verpfänden, kann er eben diesen Besitzer nicht hindern, wucherliche PersonalVerbindlichkeiten einzugehen, die spät oder früher die Subhastation des Grundstückes dennoch zur Folge haben. Indem der Staat dem Gläubiger, der mit der vorhandenen RealSicherheit zufrieden seyn will, diese abschlägt, kann er den Gläubiger nicht hindern, sich mit PersonalSicherheit zu begnügen, oder sein Geld, — ins Wasser zu werfen.

Hiernächst setzen alle ConsensErtheilungen, die auf eine gewisse partem quotam eingeschränkt sind, eine Taxation voraus, im Falle der Besitzer den Kaufwerth nicht zur Norm annehmen lassen will, oder der Richter diesen Werth für zu hoch hält. Aber, wer lange Geschäftsmann gewesen ist, weiß, was er von einer ieden Taxe zu halten hat, und also wird dadurch, theils, niedern Leidenschaften Thür und Thor eröffnet, theils, in die Rechte des Gläubigers eingegriffen, der nun einmal sein Geld wagen will, und der vielleicht den Werth des Grundstücks besser kennt, als alle Taxatoren. Man sagt, das StaatsInteresse verbiete die Belastung der Grundstücke, weil solche der LandesCultur entgegen seyen. Ich frage: kann denn der Staat persönliche Schulden hindern? und in iedem Falle: ist es nicht besser, sobald als möglich ein Grundstück aus den Händen eines verschuldeten Wirths zu reisen, als denselben langsam an der Auszehrung sterben, und dadurch sein Grundstück verderben, zu lassen?

Ich habe oben einiger schwachen Seiten gedacht, welche die Preußische HypothekenOrdnung

haben kann. Auser der hin und wieder zu strengen Form, scheint mir folgendes sehr wesentlich:

1) Es muß niemand gezwungen werden können, über eines, oder einige, seiner Grundstücke ein HypothekenFolium anlegen zu lassen; denn, will er nicht verpfänden, — wozu die Form?

2) Verlangt aber ein Besitzer diese Anlegung; so muß er vorher nicht blos seine Real-Schulden, sondern alle, unter Handgelübde angeben, weil alle bisher, ohne Tradition, kein eigentliches Pfandrecht in dem Sinne der HypothekenOrdnung hatten, und weil also der Richter leicht eine Betrügerey durch dergleichen Pfand-Bestellung begünstigen könnte. Aber diese Angabe muß auch nur blos zu dem Zwecke erfordert werden, um Betrügerey zu verhüten, und um keinen materiellen Concurs zu begünstigen, ehe er formell erklärt werden kann; keinesweges, um dingliche Rechte da zu geben, wo sie die Interessenten nicht verlangt haben. Die Grenzlinie hier genau anzugeben, verhindert mich die

Kürze dieses Aufsatzes. Sie würden aber ein Gegenstand des Gesetzes selbst und des Publications-Patents seyn müssen.

Ansbach,
den 28. April 1806.

Ueber die Preußische Deposital-Verfassung.

Die Preußische DepositalVerfassung unterscheidet sich von den übrigen dadurch, daß die Gerichte:

1) in den Fällen, wo baar Geld, oder öffentlich autorisirte Papiere, deponirt werden, nicht blos die Pflicht der Aufbewahrung, sondern auch diejenige der Administration und zinnßbaren Belegung, übernehmen;

2) daß das Vermögen minderiähriger, oder ihnen gleich geachteter, Personen, selten in den Händen der Vormünder bleibt, und depositalmäßig administrirt wird, um die Vormünder der Last der Sicherheitsbestellung zu überheben. Sie setzt also voraus,

3) daß der Staat irgend ein öffentliches Institut, eine Bank, garantirt habe, bey wel-

cher die DepositalGelder gegen einen mäſſigen Zinnßfuß bestättigt, aber auch zu ieder Zeit zurück gefordert, werden können, sobald entweder die Ursache der Deposition gehoben ist, oder die Gelder, sey es nun durch die Gerichte, oder die Partheyen, anderweitig sicher zu einem höhern Zinnßfuße unterzubringen sind.

Mir scheint, als wenn unter diesen Voraussetzungen die Vorschriften der Preußischen DepositalOrdnung ohne Schwierigkeit verstanden und angewendet werden könnten, aus folgenden Gründen: Bey einem ieden Deposito übernimmt das Gericht, wie schon oben gesagt worden, entweder blos die Pflicht der sichern Aufbewahrung, oder, neben derselben, auch noch dieienige der Verwaltung nach gesetzlichen Vorschriften. Bey der ersteren Art von Niederlegungen (depositum speciale) werden selten Schwierigkeiten gefunden: denn, da eine iede Casse, welche nicht etatsmäßig fixe, sondern unfixirte Einnahmen und Ausgaben hat, gehörig controllirt und berechnet werden muß; so muß a) auch hier der Richter die Con-

trolle B. pag. 147. der DepositalOrdnung, und b) der Rendant die Rechnung H. pag. 167. führen. Letzere, so wie die Casse, sind richtig, sobald alle Sätze aus a) und b) richtig übertragen, und die nach b) vorhanden seyn sollenden Bestände in der Casse befindlich sind.

Hat aber der Richter, neben der Aufbewahrung, auch die Pflicht der Verwaltung übernommen, so liegen zwey Wege vor ihm, auf welchen er zu einer richtigen Rechnung gelangen kann. Er kann ein iedes Depositum einzeln aufbewahren, administriren, und berechnen; er kann aber auch alle Deposita zusammen werfen, gemeinschaftlich verwalten, und blos dem Rendanten die Pflicht auflegen, einem ieden Einzelnen die partem quantam an dem Ganzen zuzuschreiben. (Depositum generale) Bey der ersteren Art der Verwaltung zeigen sich sofort folgende sehr erhebliche Schwierigkeiten:

1) es wird zuviel baar Geld in der Casse bleiben, da nicht immer ein iedes einzelne Depositum genau die Summe vorräthig

haben wird, welche ausgeliehen werden kann;

2) es werden oft in dem Augenblicke, in welchem für eine Masse Gelder ausgeliehen werden können, für eine andere dergleichen einzuziehen seyn.

Die Schwierigkeit bey 1) vermindert die Circulation des Geldes, und diejenige bey 2) vermehrt ganz unnütz die Arbeit des Gerichts. Es ist also dem Staats- und PrivatInteresse gleich angemessen, den letzeren Weg, d. i. das GeneralDepositum, zu wählen, so, wie dieß ein jeder Geschäftsmann thun wird, dem mehrere Personen Gelder anvertrauen, unter der Bedingung, daß er solche zinnßbar beståttigen, ihnen die Zinnsen berechnen, und auf ihre Anweisung das Depositum privatum ganz, oder zum Theil, zurückzahlen soll. Wenn dieser Geschäftsmann ohne fremde Hülfe das Geschäft nicht führen kann, was muß er thun, um sich von der Richtigkeit der Geschäftsführung zu überzeugen? Er muß

1) selbst ein richtiges Tagebuch über alle an ihn eingezahlte, oder auf ihn zur Auszah-

lung angewiesene, Gelder und Documente führen: dieß ist die Controlle A. pag. 143. der DepositalOrdnung. Er muß sich ferner,

2) überzeugen, daß diese Gelder und Documente richtig in die Casse gekommen, oder richtig ausgezahlt, sind: dieß geschieht durch die ProtocollBücher C, pag. 151. Und wenn er sich, endlich,

3) überzeugen will, ob die Casse richtig sey, so ist dazu nichts weiter erforderlich, als, die Bücher A. und C. abzuschließen; zu untersuchen, ob sie stimmen, und ob der danach sich ergebende Bestand in der Casse vorhanden ist. Wäre dieß; so ist die Casse im Ganzen gewiß richtig: aber noch gehet die Ueberzeugung ab, ob auch einem jeden einzelnen Deponenten der ihm gebührende Antheil an dem Ganzen richtig zugeschrieben worden. Diese Zuschreibung ist das Geschäfte des Rendanten, welcher ganz natürlich

4) einem ieden einzelnen Deponenten in seinem Buche ein eigenes Folium geben muß. Manual G, pag. 163.

5) Stimmen nun die summirten Bestände aller einzelnen Folien mit dem GeneralBestande, der durch die Operation bey 3) ausgemittelt worden; und hat der Rendant, nach Anleitung des Buchs C, ieden einzelnen Satz auf das richtige Folium übergetragen; so ist die ganze Rechnung, auch in Ansehung der einzelnen Massen, richtig: und wenn der Principal sich von dem Umfange des ganzen Geschäftes Kenntniß verschaffen will, kann solches aus dem Manuale des Rendanten

6) durch die Tabelle I, pag. 171. gar leicht geschehen.

Hier könnte ich meine Darstellung schließen: denn aus diesen Grundsätzen muß ein ieder RechnungsKopf alle übrigen Vorschriften der DepositalOrdnung ohne Schwierigkeit ableiten können;

ich will aber noch etwas bey einigen Punkten verweilen, die, nach meiner Erfahrung, den Depositarien mehr oder weniger aufgefallen sind.

a) es ist unausbleiblich, daß bey dem angenommenen Geschäftshause Geschäfte vorfallen müssen, die nur Bezug auf einen Deponenten gegen den andern haben, die aber im Ganzen den Bestand der Casse nicht vermindern. Z. B. der Deponent A. weiset von seinem Bestande in der Casse dem Deponenten B eine Summe an, ohne daß B über die Auszahlung disponirt hat: es muß also die angewiesene Summe in dem Manual des Rendanten dem A auf seinem Folium in Ausgabe, und dem B auf dem seinigen in Einnahme geschrieben werden: aber der TotalBestand der Casse wird dadurch nicht verändert. Um wissen zu können, ob der Rendant dieß gethan habe, ist es nöthig, die Operation in das Buch C einzutragen; aber die Summen können nicht ausgeworfen werden, eben weil sie den GeneralBestand der Casse nicht vermindern. Daraus kann und muß die Regel abgezogen werden: alles was Be-

zug auf einzelne Massen hat, ohne den Total-Bestand der Casse zu verändern, also auch alles dasienige, was sich blos auf SpecialDeposita bezieht, muß zwar in das Cassenbuch, aber nur vor der Linie, nie aber in die Controlle A, eingetragen werden. Da iedoch die DepositalBücher zwischen baar und Activa unterscheiden; so leidet diese Regel eine Ausnahme, wenn zwar der Bestand im Ganzen gleich bleibt, aber sich die Baarschaften vermehren, und die Activa vermindern, oder umgekehrt.

b) Es kann und wird bey dem angenommenen Geschäftshause sehr oft der Fall eintreten, daß der Deponent A baar Geld zur Auszahlung anweiset, aber nur über Activa zu disponiren hat; wogegen der Deponent B eine baare Einzahlung hat leisten lassen. Wollte nun der Principal die Geschäfte unnöthig vervielfältigen; so könnte er das Activum des A einziehen, und dagegen die Baarschaft des B von neuem belegen: aber er kann auch klüger und kürzer verfahren, wenn er das Activum des A dem B, und die Baarschaft des B dem A, auf ihren Folien

ab- und zuschreiben läßt. Dieß ist die ganze, für so sehr intrikat gehaltene, Lehre von den Transferirungen, und aus demienigen, was bey a) gesagt worden, folgt, daß diese Transferirungen zwar in die Cassenbücher übernommen, aber weder ausgeworfen, noch in die Controlle A eingetragen werden müssen, insoferne sie nur den Totalbestand der Casse nicht ändern.

c) Durch die Bestättigung der Gelder bey dem oben angenommenen öffentlichen Institute, werden diese Operationen leicht ausführbar gemacht, weil daselbst täglich Gelder bestättigt, und erhoben, werden können. Es bedarf daher schlechterdings keiner ängstlichen Sorge, ob der Deponent über die zur Auszahlung angewiesene Summe baar, oder in dergleichen Activis, zu disponiren habe; sondern der Rendant hat blos nach seinem Manuale G auszumitteln, ob er im Ganzen bey ienem Institute Gelder werde bestättigen, oder einziehen müssen. Daraus entstehen die Designationen pag. 155. u. f. der Depositalordnung.

d) Es ist bey b und c von den Transferirungen im weiteren Sinne gehandelt; denn der Begriff, welchen die DepositalOrdnung 60. §. pag. 191. 192. festsetzt, paßt auf diese Operationen. Aber, eben diese DepositalOrdnung hat noch einen engern Sinn dieses Worts festgesetzt, womit es folgende Bewandniß hat. Der Staat hat verordnet, daß allen Depositis, insoferne sie nur die gesetzliche Größe erreichen, von einer gewissen Zeit nach der Deposition an gerechnet, BancoZinnßen berechnet werden sollen: also sind alle BancoObligationen allen Massen gemein. Wenn aber nur ein Theil der in deposito generali befindlichen Baarschaften oder BancoObligationen gegen einen höhern Zinnßfuß untergebracht werden kann; so geschieht dieß, entweder,

a) durch die Bemühung der Interessenten, oder
b) des Gerichts.

In dem Falle bey a) ist es natürlich, daß nur dieienigen Massen, deren Geld zu diesem Zwecke verwendet worden, an dem Vortheile Theil nehmen können: und in dem Falle bey b) muß

es von dem Gerichte abhängen, welchen Massen es diesen Vortheil zuwenden will.

Dadurch entstehet zwar auch ein General-Depositum, aber nur für einige bestimmte Massen: und wenn die Bestimmungen bey b und c auf diese Societät angewendet werden; so nennt dieß die DepositalOrdnung Transferirungen im engern Sinn. Daraus ergeben sich nun folgende Grundsätze:

1) diese Zinnßen können nicht in die General-ZinnßRepartition (pag. 102. §. 354.) aufgenommen werden, von welcher unten geredet werden soll;

2) die Zinnßen können sofort, bey deren Eingang, nach der SocietätsRechnung vertheilt, und einer ieden einzelnen Masse in der Societät zugeschrieben werden; (§. 355.)

3) wenn ein Socius (eine Masse) aus dieser Gemeinschaft scheidet, ist er berechtigt, über den CapitalBetrag auch die Zinnsen bis zum Tage des Austritts zu fordern. Be-

sonders wichtig ist diese VerfahrungsArt für die vormundschaftlichen Gerichte und das Depositum pupillare, weil dadurch diese Gerichte Gelegenheit erhalten, ärmeren CuratelMassen, ohne Ungerechtigkeit gegen reichere, Vortheile durch einen höheren Zinnß-Fuß zu verschaffen.

e) Die einzige etwas mühseelige, aber nicht schwere, Arbeit ist die ZinnßRepartition bey b) und c), welche der Rendant nach der Deposital-Ordnung pag. 80. §. 260. u. f. f. anzufertigen hat. Allein, sie tritt alle Jahre nur einmal ein, und wird dadurch vollkommen compensirt, daß im Laufe des ganzen Jahrs unzählig viele Anzeichnungen in dem Buche C, und in dem Manual G, vermieden werden. Auch ist sie durch die DepositalOrdnung selbst, pag. 81. §. 261. merklich erleichtert. Weniger schwierig sind die besondern Repartitionen bey d), und auch dabey tritt das ErleichterungsMittel des §. 197. ein. Es könnte auffallen, warum nach §. 261. ganze, halbe, und viertel Monate, nach §. 197. aber nur ganze und halbe Monate, den interessirenden

Massen berechnet werden sollen: aber, diese Bestimmung hat ihren Grund darin, daß derjenige, der größere Vortheile aus einem gemeinschaftlichen Geschäfte hat, auch größere Beyträge zu den Kosten desselben liefern muß. Diese Kosten sollen nun zum Theil

f) durch dergleichen ZinnßUeberschüsse gedeckt werden, (§. 475.) und die Ausmittelung dieser ZinnßUeberschüsse ist ganz leicht. Wenn z. B. in dem Falle bey d) . . . . 300 fl.
Zinnßen repartirt werden sollen, und
nach dem Grundsatz des §. 197. nur 294 —
den Interessenten gebühren;
so erhält die SportelCasse . . . . . 6 —

Endlich muß ich noch einer Maaßregel gedenken, die zwar durch die DepositalOrdnung nicht vorgeschrieben, aber von wesentlichem Nutzen ist.

g) Die DepositalOrdnung setzt fest, daß bey der ZinnßEinzahlung im Laufe des Jahrs diese bey der GeneralCasse zwar vereinnahmet, aber in dem Manuale G, einzelnen Massen nicht gleich,

sondern erst am Ende des Jahrs, zugeschrieben werden sollen, (pag. 79. §. 254. 259.) und nimmt von dieser Regel nur besondere Fälle aus. (§. 264.) Wenn diese Vorschrift wörtlich befolgt wird; so kann im Laufe des CassenJahrs dieienige Uebereinstimmung der CassenBücher A und C mit dem Manuale G nicht statt haben, deren oben bey 5) gedacht worden; denn die eingegangenen Zinnßen sind nirgends in das Manual übernommen. Es muß daher der Rendant in seinem Manual ein Folium mit der Ueberschrift: "GeneralZinnßMasse„ anlegen, und auf solchem in Einnahme alle dieienigen Zinnßen stellen, die im Laufe des Jahres eingehen, — in Ausgabe aber alle dieienigen, die im Laufe des Jahres nach §. 264. einzelnen Massen zugeschrieben werden. Dadurch wird iener Uebelstand gehoben, und durch die Repartition am Ende des Jahrs wird diese ZinnßMasse iedesmal evacuirt; denn der Ueberschuß, der bey der Berechnung nach dem §. 261. den Interessenten nicht zukömmt, gebührt der SportelCasse, und es ist dabey eben so zu verfahren, als oben bey f) angegeben worden ist. Diese Maaßregel hat über-

dem den Nutzen, daß der Rendant die Zinnß-Repartition leichter anfertigen kann.

h) Wenn für Rechnung des GeneralDepositi Anleihen an PrivatPersonen gemacht werden; so ist, der Natur der Sache nach, der Richter principaliter für die Sicherheit verhaftet. Er muß also die strengsten SicherheitsMaaßregeln nehmen. Aber es stehet auch einem ieden Interessenten, z. B. beyden streitenden Partheyen, den Vormündern unter Auctorität des vormundschaftlichen Gerichts, ꝛc. frey, ihr Depositum, abgesondert von den übrigen Depositis, unterzubringen. In diesen Falle ist, theils, nur dieienige Sicherheit nöthig, über welche entweder die Partheyen einig sind, oder die der Vormund und das vormundschaftliche Gericht für hinlänglich erachtet, theils, tritt dieses depositum sodann aus der Societät (dem GeneralDepositum) und das Document wird blos in deposito speciali aufbewahrt.

i) Die Manuale des Rendanten sind die eigentliche DepositalRechnung; sie müssen also be-

legt werden. Daraus folgt daß alle Befehle zur Einnahme oder Ausgabe an die Depositarien schriftlich zu erlassen sind, und, daß die Ausgabe Befehle mit den Quittungen der Empfänger versehen seyn müssen.

Dieß sind die Gründe, die mich überzeugt haben, daß die Preußische DepositalVerfassung vollkommen zweckmäßig und leicht ausführbar ist, sobald nur das Wesentliche von dem Außerwesentlichen getrennt wird.

Ansbach,
den 15. April 1806.

Wer kennt nicht die große WeltBegebenheit, welche die vorstehenden Gedanken durch die Erfahrung zu wiederlegen scheint? Meine Ueberzeugung hat sie nicht geändert: denn, theils, hatte die Preußische DepositalOrdnung, ein ViertelJahrhundert vor Eintritt derselben, mit sehr großem und gedeihlichem Erfolge gewirkt; theils, ist bey weitem noch nicht ausgemacht, welchen Verlust die Papiere

der Preußischen Depositorien leiden werden; theils, wird solcher nach der SocietätsRechnung getragen; und theils, endlich, kann der Gesetzgeber solche Begebenheiten nicht voraussetzen.

Ansbach,
den 15. Januar, 1809.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bandel, Georg Karl Friedrich,

Gutachten über eine schickliche Vereinigung der baierischen und Preuß
ischen Prozeß-Ordnungen Als Zugabe: Gedanken über das Wesentliche der Preuß
ischen Hypotheken und Depositule Gesetze

Nürnberg 1809

J.pract. 17 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10553781-6